

合手原理と入会法理

——組合企業（合名会社）の内部構造・補論（一）——

鷹 巢 信 孝

目 次

- 一 はしがき
- 二 入会理論の対立と最近の入会判決
- 三 入会団体と入会権の構造
- 四 むすび

一 はしがき

一 民法上の組合に、ある程度の団体性を認めながらも、組合と社団を区別する従来の通説は、ドイツの理論、とくにギールケの理論を範として形成されたものであるが、これは組合を個人法の領域に押し止める構成である。しかし、共同目的のために結合した複数人が、統一的な事業意思を形成し、単一の事業活動権Ⅱ人格権を有する合手

組合は、ローマ法的な法人ではないが、複数人の法律関係に止まるものではなく、一個の法主体を成しており、団体法の領域を占めているとするのが私の見解である。¹⁾このような私見からすれば、ギールケのように構成員の集団たる合手共同体 *die Gemeinschaft zur gesamten Hand* と、構成員とは別個の法主体とされるケルペルシャフト *die Körperschaft* たる仲間団体 *die Genossenschaft* との間に、架橋し難い割れ目を設定する見解²⁾が、今日の団体法理論として妥当なものであるかは疑問である。

そして、このような疑問はギールケや従来のがが通説が組合と社団を峻別する点に向けられるだけでなく、わが国の入会理論に対する疑問へと発展せざるをえない。というのは、従来の通説は入会権の主体たる入会部落を「実在的総合人」とし、共有の性質を有する入会権につき、入会地盤所有権を管理処分権能と使用収益権能とに質的に区分した上で、前者の権能は入会部落に帰属し、後者の権能は部落住民に帰属すると解し、³⁾このような共同所有形態を「総有」と呼んで「共有」や「合有」と区別しているが、⁴⁾このような構成はまさにギールケの実在的総合人 *die reale Gesamtperson* や総有 *das Gesamteigentum* 概念を⁵⁾わが国の入会関係に転用したものに他ならず、法人格なき社団論の原型をなしているからである。⁶⁾

(1) 拙稿「合名会社の内部構造と『法人』の意義」本誌一七卷三号一頁以下、「合手原理と組合法理」同二八卷三・四合併号九九頁以下。

(2) O. v. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, S. 339 (abk. G Th.); Derselb, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, 1895, S. 481 (abk. DPR I).

(3) 石田・土地総有権史論五九〇頁・六〇三頁以下、同・物權法論八頁以下、同・改訂民法大要(物權)一一三頁以下、同「入会権」岩波法律学辞典一六二頁、我妻・物權法(現代法学全集31)三三三頁、同・物權法(民法講義II・昭和七年版)二八三頁以下、同・物權法(民法講義II・昭和二十七年版)二一〇頁・二九七頁以下、末川・物權法三六六頁、舟橋・物權法(法律学全集18)三七四頁・四四八頁以下。ゴチック体による表示は本稿で引用する際の略称である。

(4) 石田・総有権三七七頁以下(なお、組合とゲルマンの土地総有団体の比較につき、同書一一一頁以下)同・物權法論七頁以

下・四八二頁以下、同・大要（物権）九九頁以下、我妻・現代法学全集（30）三九五頁以下、同・民法講義Ⅱ・昭和二十七年版二〇八頁以下、末川・三〇六頁以下、舟橋・三七三頁以下、川島・所有権法の理論二〇二頁以下（川島・所有権（川島武宜著作集（7）一八二頁以下））。但し、川島・民法Ⅰ一三六頁では協同体そのものと構成員の多数者が同時に所有主体とされ、川島・慣習法上の権利Ⅰ（川島武宜著作集（8）六〇頁・七〇頁以下・一〇一頁）では、多数構成員の権利とは別のものとして、共同体そのもの、部落そのものの権利は存在しないとされるに至っている。

(5) ギールケの実在的総合人概念についてはGierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 886 ff. [abk. GR II]; Derselb, GTh, S. 5; Derselb, DPR I, 458 u. 479. ギールケの総合概念についてはGierke, GR II, S. 325 ff. u. 908 ff.; Derselb, GTh, S. 9 u. 318 ff.; Derselb, DPR I, S. 539 ff. u. 617; Derselb, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1905, S. 382 ff. [abk. DPR II]. なお、ギールケにおいては団体人格の概念と総合概念が相關的に把握されている点を要約したものであるとして、上谷「共同体的所有の法的構成に関する一考察（二・完）」民商法雑誌九〇巻三三六頁以下。

(6) 法人格なき社団の所有形態を総有とするのが従来の通説である（例えば、石田・物権法論九頁・四八三頁・四八四頁・五一九頁、同・大要（物権）一〇〇頁・一一三頁、同「権利能力なき社団」法学論叢三一巻二号一八頁以下、我妻・民法総則（民法講義Ⅰ）一一六頁）。なお、石田博士は入会部落を権利能力なき社団とし（岩波法律学辞典Ⅰ六一頁）、権利能力なき社団の所有権ないし他物権を入会権と同一の権利形態とされる（前記辞典Ⅰ六三頁、物権法論五二八頁）のに対して、川島博士は入会集団と権利能力なき社団の異同が不明確なことを批判される（川島・著作集（8）一一九頁注（100）。なお六七頁）。

二 かくして、合手組合に関するドイツやわが国の通説（財産法説）に対する疑問は、ギールケの団体法理やわが国の社団理論、さらには入会理論に対する疑問に連なっており、共同所有と団体の諸形態に関する従来の学説を再検討する必要性を感じさせる。つまり、「物権法の研究は、終局的には団体法の研究に移行しなければならぬであろう」といわれているが、逆に団体法の研究は所有権法の研究にまで下降しなければ、十分な理論展開をなしえないように思われる。

そこで本稿は、そのような作業に入る前に、最近の入会判決に反映している理論的対立を手がかりとして、實在

的総合人や総有概念を再検討することにより、入会団体と近代的団体の異同を考察し、従来の入会理論の対立を総合止揚する途を探らんとするものである。

あるいは、このような試みに対して、今日の入会研究に最も要望されているのは判決の組織的体系的な研究であつて²⁾、生ける法を知らない観念論の構築ではないという批判があるかも知れない。しかし、本稿で取り上げた諸判決を見る限りでは、入会慣行や判決例を基礎にして構成された入会理論そのものが未だ十分ではないために、実務が苦慮しているという印象は拭い難いところであり、これが本稿において従来の入会理論を再検討する理由の一つをなしている。

さらに、合手組合（合名会社）の研究視点から入会理論の再検討を行わんとする発想に対して、入会団体を合名会社と対比するのは妥当でないとの批判も予想される。³⁾ たしかに、営利企業たる合名会社と慣習に基づく地域共同体たる入会団体との間には異なつた側面もあるが、両者は近代法の下で承認された共同事業体である限り、同質の側面を有しているはずであり、それぞれの特殊性と同時に普遍性を把握してこそ団体法理論も発展するのではあるまいか。

現に、数多くの実態調査に携わられた上で、入会関係の理論的解明を試みられている渡辺博士は「入会権の主体をいかに考えるかは……旧来の団体理論を数歩前進させなければ理解しえない問題を含んでいる」といわれているが、組合や社団の研究と入会の研究との相互交流は、旧来の団体理論を数歩前進させるための一つの方法ではないだろうか。ともあれ、本稿は入会の実態に不案内な者の的はずれな見解かも知れないが、合手組合について考察して来たことが旧来の団体理論を半歩なりとも前進させ、入会理論の進展にいささかなりとも寄与することが出来れば幸甚である。

(2) 川島・著作集(8)二九七頁。なお、川島・慣習上の権利2川島武宜著作集(9)六六六頁。

(3) 奈良・入会権論(近藤康男編・昭和前期農政経済名著集21)一八八頁注(2)。この批判は入会団体構成員の使用収益権を合名会社員の持分に類比された末弘博士の判例評釈(法協四〇巻一二号一六九頁)に対するものである。

(4) 渡辺・入会と法二〇四頁。

二 入会理論の対立と最近の入会判決

一 ギールケの団体法理を参考にして、徳川時代および明治前期の村や入会権に関する史料を研究された中田博士によれば、徳川時代の村は村役人および総百姓から成る実在的総合人であり、ゲルマン法のゲノッセンシャフト(ケルペルシャフト)に類似した法人であった。そして、村持地は村と村民に分属する総有地であり、村民の入会権はこの総有権の行使であり、総有権の一分派であった。このような村と入会権の性質も明治二十一年の町村制までは維持されていたが、町村制によって実在的総合人たる村がゲルマン法的法人からローマ法的公法人へと変質したのに伴って、町村と町村民との総有財産も法人たる町村の専有財産に転化し、入会権の性質も一変せざるをえなかったとされている。⁽¹⁾

このように、中田博士の法制史研究を媒介にして、ギールケの「実在的総合人」や「総有」という概念が導入され、先に紹介したような入会理論が法解釈学の分野を支配することになったが、当時の民法学説は町村制以後の入会権に関しては中田博士の見解を継承することなく、入会権の存続を認めていた。⁽²⁾しかし、その根拠づけは十分なものではなかった。⁽³⁾また、明治初年の地租改正に伴う地所官民有区分により、官有地に編入された地盤上に存在していた入会権に関して、これを消滅したと解し、⁽⁴⁾あるいは入会権は消滅したとする判決(大判大正四年三月一六(日民録二輯三八頁))を支持す

るものの^⑤、その論拠も十分なものではなかった。

ところで、官有地に編入された地盤上に存在していた入会権と、公有地に転化したとされる地盤上に存在していた入会権に対する裁判所の態度が異なり、町村有地の利用権は町村制九〇条にいう旧慣使用権であつて私権たる入会権ではないとする見解（入会権公権論^⑦）が主張されていた状況において、末弘博士は入会権と地盤所有権を区別し、前者すなわち部落住民の共同収益権の帰属関係を表わすために総有概念を用いることにより、入会地盤所有権の帰属如何が入会権の命運を左右するものではないことを論拠づけ、当時の入会問題を解決する理論を提供されたのである。

そして、戒能博士は徳川時代の入会団体（入会協同体としての村）の構成員の入会地に対する関係は、中田説にいう如き所有権ではなく、進退・所轄・占有といった支配関係にすぎず、所有意識は地租改正に伴う地券発行の際に外部から持ち込まれたものであること。地所官民有区分は所有権の確認ではなく、形成行為であつたこと。官有地編入処分が当然に入会権を消滅させる、という法的根拠は存在しないこと。徳川時代の村は「行政単位としての村」の側面と「生活協同体としての村」の側面を有していたが、町村制に至るまでの村の制度的改革は前者の側面に関わることであり、「行政単位としての村」の自立化に伴つて「生活協同体としての村」の自立化も明確になり、後者は入会関係の主体として存続した。したがつて、公有地上の入会権を否定するのは誤りであるだけでなく、入会地を公有地とすること自体が誤りであることを、史料に基づいて実証し、極めて控目ながらも中田説に反駁される反面、末弘説を支持されたのである。^⑩

要するに、末弘博士と戒能博士も徳川時代の村の性質については中田説に賛成されているものの、^⑪両博士の入会理論はギールケⅡ中田理論の流れを汲む通説に対するアンチ・テーゼとしての位置を占めるものといえよう。ことに、中田博士は徳川時代から町村制に至るまでの村をギールケに倣つて「実在的総合人」と表現されるのに対して、

戒能博士が「総合的實在人」という具合に逆転した表現をされている点に、そのアンチ・テーゼ性が集約されていると解しても、あながち私のうがった見方とはいえないであろう。⁽¹³⁾ また、戒能博士はギールケの団体法論についても、それは当時のドイツの政治理念を反映したものであり、マルクゲノツセンシャフトを土地総有団体として説明することは歴史的事実に合わず、端的に支配的・占有的関係として把握すれば足りるのであって、困難な前提を犯してまで共同地に対する所有意識の先在を論証する必要はないとされており、⁽¹⁴⁾ ギールケ理論の評価の点で既に通説とは異なっていたのである。

右に概観した二つの入会理論、即ちギールケ中田理論を継承した通説と、これに対するアンチ・テーゼとしての末弘戒能理論は戦前における代表的な理論であるが、戦後に至ると川島博士を中心にして新しい入会理論が開されている。⁽¹⁵⁾ ここに「新しい」理論といっても、ギールケ中田理論から「實在的総合人」や「総有」という概念を継承している点では通説と似ているが、昭和三〇年代に行われた全国規模の実態調査に基づいて、多様な入会利用形態を統一的に把握する動的な理論を構成することにより、實在的総合人や総有概念を再検討されている点に、従来の通説に対する新しさがあることは後に見るとおりである。

(1) 中田「徳川時代に於ける村の人格」法制史論集(二)九三六頁以下、「明治初年に於ける村の人格」同書六六九頁以下。

(2) 石田・総有権五九四頁以下、同・物権法論五二六頁、同・大要(物権)一一六頁、同・岩波法律学辞典I六二頁以下、我妻・現代法学全集(31)三一六頁、同・民法講義II・昭和七年版二八四頁以下。

(3) 奈良・一三七頁注(1)、上谷・民商九〇巻二号六二頁。

(4) 石田・総有権五四三頁・五五七頁以下・五六二頁・六一二頁、同・物権法論五二四頁、同・大要(物権)一一五頁、同・岩波法律学辞典I六二頁。

(5) 我妻・現代法学全集(31)三〇九頁以下・三二六頁(なお、三二〇頁では官有地上に入会権を認めるとすれば、「共有ノ性質ヲ有セザル入会権」という構成になるとされる)、同・民法講義II・昭和七年版二八一頁・二九〇頁(但し、昭和二七年版二九五

頁は改説されている)。

- (6) 官有地(国有地) 上の入会権に関する判例については、奈良・一五五頁以下、川島Ⅱ潮見Ⅱ渡辺編・入会権の解体Ⅲ五八頁以下(小林・七二頁以下(渡辺)・一四六頁以下(川島Ⅱ中尾)、中尾・入会権(2)(叢書民法総合判例研究⑫Ⅱ) 四七頁以下、同・入会林野の法律問題・新版二八四頁以下。

市町村有地上の入会権に関する判例については、川島Ⅱ潮見Ⅱ渡辺編・解体Ⅲ三一九頁以下・四五二頁以下(川島Ⅱ中尾)、中尾・入会権(2)三三頁以下、同・入会林野二五〇頁以下。

- (7) 入会権公権論については、石田・総有権五九七頁以下、奈良・二二三頁以下、川島Ⅱ潮見Ⅱ渡辺編・解体Ⅲ三〇一頁以下(小林)・六二二頁以下(渡辺)、川島編・注釈民法(7)五三八頁以下(潮見)・五四一頁以下(中尾)、中尾・林野法の研究一一七頁以下、同・入会林野二四八頁以下。

- (8) 末弘・物権法(下)一六七八頁以下・六九五頁以下・六九九頁・七〇八頁以下、同・農村法律問題四九頁・五二頁・五九頁・六八頁・六九頁・七〇頁。

- (9) 末弘・物権法(下)一六七五頁・六七九頁・六九四頁・六九六頁、同・農村法律問題五七頁以下・六四頁以下・七〇頁以下。

- (10) 戒能・入会の研究二章・三章・四章・六章。なお、戒能・民法入門六五頁以下、同・民法学概論七九頁以下。

- (11) 末弘・物権法(下)一六七二頁以下(なお、末弘・農村法律問題五三頁)、戒能・入会の研究二七三頁。

- (12) 戒能・入会の研究一八頁・二七五頁・二七六頁・三〇三頁・三〇七頁・三三二頁・三三五頁・三六三頁・三六九頁など。

- (13) 因に、横尾・林野入会権の法的構造四七頁は、徳川時代の村の性質に関して戒能博士は中田博士の見解に全面承服するとされた上で、多少の補足を要するとしておられるが、多少の補足に止まらず「新しい、しかもきわめて重大な意味をもつ理論を展開され」たと評されている。

- (14) 戒能・入会の研究一七頁以下。なお、戒能・民法入門五七頁以下、同・民法学概論六七頁以下。

- (15) 新しい入会理論は、川島Ⅱ潮見Ⅱ渡辺編・解体Ⅲ、川島編・注釈民法(7)五〇七頁以下、川島・著作集(8)の諸論稿に集約されている。

二
かくして、わが国の入会理論は大まかに分類して三つの流れを有しており、それぞれの理論が入り交ざって実

務に影響を与えているために、判決の理論構成と結論に大きな違いが生じているだけでなく、判決に対する学者の評価にも相当の違いが見られるが、そのような一例として山中浅間神社事件^{せんげん}をあげる事が出来よう。

本件はY神社名義で登記されている部落の入会地につき、XとYの間で地上権設定契約が締結され仮登記を行ったが、YがXの本登記請求および土地引渡請求に応じないので、XがYを相手どって提起した訴に、部落住民の大部分が当事者参加をして、XおよびYに対し本件土地に入会権に基づく使用収益権を有することの確認を求め、さらにXに対して右の使用収益権の行使に対する妨害予防ならびに地上権設定仮登記の抹消登記手続を請求した事件である。

第一審は、^①本件土地を部落の所有地と認定した上で、Y神社は本件土地につき何らの処分権限も有しないから、X・Y間の契約は効力を有しないとした。他方、部落住民の使用収益権は部落の有する所有権の一内容としての性格を兼ね備えており、その権利は参加人ら各「個人」に分属した固有権ともいえるものであり、内容的に限定されてはいるが本件土地全部に効力を及ぼすものであるとした上で、各住民の権利を「その法的効力においていわば内容において限定をうけた持分権もしくは地上権と同様の性質をもつもの」と解して、部落住民の使用収益権の確認および地上権設定仮登記の抹消請求を認容した。^②

第二審は、^③当事参加人らの訴は入会権を内容とする訴に他ならないから当事者適格を欠くとするXの本案前の主張に対して、「入会構成員が入会権の支分権として有する使用収益権につき争がある場合においては対外的又は対内的にその存在の確認を求める利益ないし必要のあることは共有権における持分の確認と何ら異なるところがないものというべきである。本件における参加人らの請求は右入会権に基づく使用収益権の確認並びに保存行為としての地上権設定仮登記の抹消登記手続等を求めるものと解しえられないではないから、その当事者適格はこれを肯定するのが相当である」とした上で、^④第一審と同様の判断をしてXの控訴を棄却した。

そこで、Xは第二審における本案前の主張と同じように、当事者参加人らは入会権確認の訴の当事者適格を欠くとした上で、原審が「入会の構成員の使用収益権を共有における共有者の持分権と全く同視し、当事者参加人の本訴の当事者適格を肯認したことは、重大なる法令の適用の誤りを犯した」として上告した。

これに対して最高裁は、入会部落構成員の使用収益権能は入会部落構成員たる資格に基づいて個別的に認められるものであり、各自が単独で行使できるものであるから、「右使用収益権を争い又はその行使を妨害する者がある場合には、その者が入会部落の構成員であるかどうかを問わず、各自が単独で、その者を相手方として自己の使用収益権の確認又は妨害の排除を請求することができる」として、本件当事者参加人らの使用収益権の確認請求および使用収益権に基づく妨害排除請求としての地上権設定仮登記の抹消登記手続請求の訴につき、当事者適格を肯認した原審の判断を支持した。

しかし、本件当事者参加人らに認められている使用収益権能の行使は「特段の事情のない限り、単に本件山林につき地上権設定に関する登記が存在することのみによつては格別の妨害を受けることはないと考えられるから」当事者参加人らが有する使用収益権を根拠にしては右抹消登記手続を請求することはできない」という判断を示した。

そして、「地上権設定に関する登記の存在は、入会権自体に対しては侵害的性質をもつといえるから、入会権自体に基づいて右登記の抹消請求をすることは可能であるが、かかる妨害排除請求権の訴訟上の主張、行使は、入会権そのものの管理処分に関する事項であつて、入会部落の個々の構成員は、右の管理処分権については入会部落の一員として参与しうる資格を有するだけで、共有におけるような持分権又はこれに類する権限を有するものではないから、構成員各自においてかかる入会権自体に対する妨害排除としての抹消登記を請求することはできない」として、「なんら前記特段の事情のあることを認定することなしに」当事者参加人らの地上権設定仮登記の抹消請求を認容した原判決を破棄し、第一審判決を取消して、当事者参加人らの請求を棄却した。

(1) 甲府地判昭和四三年七月一九日下民集一九卷七・八号四一九頁(民集三六卷六号九一九頁に再録)。なお、石井川島渡辺「山梨県山中部落の入会権」法協八六卷一頁以下(川島・著作集(9)二頁以下)は、本件第一審裁判所に提出された鑑定報告書に加筆訂正されたもので、判例集からは知ることの出来ない事件の背景が記述されている。

(2) 妨害予防請求については、部落住民の使用収益権が持分の場合と同様に土地全般に効力を及ぼすものであるから、収益行為に対する妨害が予測される場合には、その予防を請求しうるのは当然であるが、本件ではXの請求が否認され、Xが地上権を行使することはありえないと考えられるから、妨害予防の必要はないとして当事者参加人らの請求を棄却した。

(3) 東京高判昭和五〇年一月二六日訟務月報二二卷一頁(民集三六卷六号九五三頁に再録)。

(4) 因に、秋田地裁大曲支部判昭和三六年四月二二日下民集一二卷四号七九四頁は、個々の入会権者が妨害排除や入会権確認を求める訴をなしうことは民法二五二条但書の趣旨より明らかとする(福永・民商五六卷六号一〇四頁は、確認の訴を保存行為と見ることに疑間があるとされる)。なお、入会権者の一部による妨害排除請求の訴を保存行為として認めた判決として、神戸地判大正六年六月一日新聞一三〇三三三頁、岡山地判昭和十一年三月六日新聞三九七〇号一一頁。

(5) 最判昭和五七年七月一日民集三六卷六号八九一頁。本件の紹介・評釈として、林・時の法令一一六九号五六頁以下、中尾・判例評論二九一号二頁以下(判例時報一〇七〇号一八五頁以下)、同・昭和五七年度重要判例解説(ジュリスト七九二号)六四頁以下、甲斐上谷・民商八八卷五号八三頁以下、山田・法協一〇三卷六号二一四頁以下。

(6) 結果同旨、千葉地判昭和三五年八月一八日下民集十一卷八号一七二頁。妨害排除請求につき同旨、東京地判昭和四一年四月二七日日下民集一七卷三・四号三五三頁。

(7) 前記東京地裁判決も登記の抹消請求につき、同趣旨の判断を示している。

三 右に概観したように、本件では第一審から最高裁に至るまで、入会部落構成員が、その有する使用収益権の確認や、使用収益権に基づく妨害予防請求ないし妨害排除請求の訴を提起しうるとして、構成員各自の当事者適格を認める点では一致している。しかし、当事者参加人たる部落構成員にとつて最大の関心事である地上権設定仮登記の抹消手続請求を認容するか否かについては、下級審と最高裁とは全く異なつた結論に達しているが、これは下級審と最高裁の依拠する入会理論が異なっているからではないかと思われる。

つまり、「入会権の内容である使用収益を行う権能」と「入会権そのものについての管理処分権能」を区別した上で、前者は各構成員に個別的に認められた権能であり、各自が単独で行使しうるものであるが、後者の権能については各構成員は入会部落の一員として参加しうる資格を有するだけで、各構成員が単独では行使しえないとする最高裁の理論構成は、従来の通説とは表現方法を異にするものの、その考え方の基本は通説に立脚したものである。

したがって、従来の通説によれば総有の場合、共有や合有のように管理処分権能と使用収益権能とを包摂した一個の所有権としての持分権は存在しないから、⁽¹⁾最高裁判決が入会部落構成員は「共有におけるような持分権又はこれに類する権限を有するものではない」として、構成員の権利を共有持分権と同様に取扱った下級審判決を批判している点は、それなりに筋が通っている。

ところで、右の通説によれば入会権とは「一定の地域の住民が一定の山林原野等において、共同して収益——主として雑草・稗草・薪炭用雑木等の採取——をする慣習上の権利である」と⁽²⁾とされているが、これは新しい入会理論というところの集団的個別利用形態(あるいは個別的共同利用形態)、即ち各構成員が同時に入会地の全域に立ち入って稗草や雑木などを採取する利用形態をモデルにしたものであり、入会地において共同収益をなしうる点に入会権の本体的効力を求める見解⁽³⁾である。

しかし、このような利用形態は明治中期までは支配的な形態であったが、今日においては放牧を除けば稀に見られる程度で(それ故に、この形態は古典的形態ともいわれている)、別の利用形態、即ち入会団体が造林をして立木を売却するなどの直轄事業を行う団体直轄利用形態、入会地を区画して構成員に各区画の独占的利用権を認める分割利用形態⁽⁴⁾、構成員の間で、あるいは第三者を加えて入札などの方法により入会地の利用権を貸与する契約利用形態⁽⁵⁾が取って替っており、従来の通説のような入会権の定義は当てはまらなくなったといわれている。

しかも、総有を管理処分権能と使用収益権能とに分け、これを入会団体と各構成員とに分属させる通説の構成そ

のものが、わが国の入会に当てはまらない、あるいは成り立ちえないものであり、現実の入会慣行と矛盾した「理論」であるのみならず、入会集団の「実在的総合人」たる性質とも根本的に矛盾しているとの批判を受けている。⁽⁷⁾そして、入会のような総有には持分がないというのも、入会の実態を知らない観念論にすぎないと評されている。⁽⁸⁾

- (1) 石田・総有権五〇三頁・五三五頁、我妻・民法講義Ⅱ・昭和二七年版二〇頁・二九七頁、末川・三〇七頁、舟橋・三四頁・四五三頁・四五八頁、川島・所有権法の理論二〇三頁（著作集⑦）一八三頁。但し、民法Ⅰ二六一頁で改説）。なお、末弘・物権法（下）一六九五頁、末弘・戒能・民法講話（下）六三三頁も同旨。
- (2) 我妻・民法講義Ⅱ・昭和二七年版二九四頁。同旨、石田・物権法論五二二頁、同・大要（物権）一一四頁、同・岩波法律学辞典Ⅰ六一頁、末川・三六一頁、舟橋・三七四頁・四三六頁・四四八頁（但し、このような利用形態が少なくなったことを認めて、旧来の入会の実態に即した説明の妥当性の大半を失ったとされている）。なお、末弘・物権法（下）一六七七頁・六八八頁以下、末弘・戒能・民法講話（下）六三一頁、戒能・民法入門六五頁、同・民法学概論七九頁も同旨。
- (3) 我妻・民法講義Ⅱ・昭和二七年版三〇〇頁。同旨、末川・三六八頁。なお、末弘・物権法（下）一六九五頁、同・農村法律問題六九頁も同旨。
- (4) この利用形態において入会用地は分割されるのではなく、区画されるにすぎないから、分割利用形態というのは適切な表現ではないが、新しい入会理論に従って、この表現を用いることにする。
- (5) 入会の利用形態が多様化した原因、ならびにこれらの諸形態の内容については、川島・著作集（8）三頁以下・三四頁以下・八〇頁以下、川島・潮見・渡辺編・解体Ⅰ四頁以下、石井・川島・渡辺・法協八六巻一号二八頁以下（川島・著作集（9）一二頁以下）（川島、渡辺・入会と法四頁以下・一一三頁以下・一九三頁以下、中尾・林野法一五三頁以下、同・入会林野二三頁以下）。
- (6) 川島・著作集（8）六六頁、川島・著作集（9）六六六頁、川島・潮見・渡辺編・解体Ⅲ四五九頁（川島・中尾、渡辺・入会と法一九二頁、中尾・林野法一五一頁、同・入会林野一一頁・三四頁）。
- (7) 川島・著作集（8）五五頁・二九四頁・二九六頁、川島・潮見・渡辺編・解体Ⅲ五三八頁以下（川島・中尾、川島編・注釈民法（7）五五一頁（渡辺）、渡辺・入会と法一九二頁、中尾・判例評論二九一号二五頁、同・ジュリスト七九二二六六頁）。
- (8) 中尾・判例評論二九一号二六頁、同・ジュリスト七九二二六六頁。

四 それでは、どのような理論が今日の多様化した入会利用形態を包摂した構成といえるのかが問題となるが、川島博士によれば入会権とは「村落共同体もしくはこれに準ずる地域共同体が土地——従来は主として山林原野（ただし、これに限らない）——に対して総會的に支配するところの・習慣上の物権」であり、入会集団の仲間共同体的構造の物権的側面にほかならず、そして、そのような物権的側面が *Gesamteigentum*（総有）と名づけられたとされる。^②

とすれば、入会権を理解するためには、入会集団という仲間の共同体の構造を説明することが先決問題となるが、川島博士は入会集団の構造上の特質として、独立で平等な構成員の集合・それ・自体が入会団体であり、団体は構成員とは別個の権利主体、いわゆる「部落そのもの」なのではないとされている。つまり、内部関係においては団体としての入会集団は多数者構成員の相互関係に他ならず、総入会権者以外に存在する「入会集団そのもの」という概念を用いる必要がないように、外部関係においても多数入会権者の共同の主張以外の法律関係を観念する必要はないとされている。^③

かくして、川島博士によれば入会権の主体（入会権者）は右のような仲間の共同体を構成している構成員であり、入会権とはそのような構成員の多数者が、そのような共同体という団体関係において共同して有する権利である。したがって、個々の入会権者が共同して有するのは、入会客体に対する利用権能だけではなく、それに対する管理・処分権能も入会権者に共同に帰属し、共同で行使することになる。^④そして、入会権者が有する右のような権利は彼らが仲間の共同体という共同関係において有する権利であり、しかもその権利客体は個々の権利者に分割されていないのであるから、これは一種の持分として概念構成すべきことになる。^⑤

要するに、川島理論において入会集団は入会権者の総体とは別の独立の団体ではなく、入会権は入会権者ひとり

ひとりの私有財産権——持分権である。^⑥したがって、川島理論においても「実在的総合人」や「総有」という概念が用いられているが、その内容が通説と異なってくるのは当然であり、それに応じて従来の通説に含まれていた問題とは違った問題を含むことになっている。

その問題とは、第一に入会権者全員で共同に有し共同で行使する使用収益権・管理処分権と、個々の入会権者が有する使用収益権・管理処分権との区別・連関構造はどうなっているのか、川島博士の説明では明確でないために、仲間の共同体の内部構造も分明ではないことである。さらに重要な問題は、川島理論においては総手団体と合手団体との区別がない、というよりも入会集団が合手共同体として構成されているのではないかということである。つまり、川島博士は入会権者に持分権を認めておられるが、これと合有持分とはどのように異なるのか曖昧である。

というのは、博士は入会持分権は「入会集団の集团的関係の有機的部分を構成して集団のコントロールの下にあり、個々の入会権者はまさに当該入会集団の構成員としての資格においてこの権能を行使している」点が、共有持分権とは異なるとされている。^⑦このような意味での持分であれば、従来の学説も認めているが、使用収益権能のみならず管理処分権能をも入会持分権に加える点に川島理論の新しさがあるわけである。しかし、入会集団構成員の使用収益権能と管理管理処分権能を持分という概念で把握すれば、これと合手組合員の持分とはどう違うのか不明確となる。ただし、合手組合員の持分（組合員たる地位）は自益権と共益権を含むとするのが通説であるが、入会集団構成員の使用収益権は右の自益権に相当し、管理処分権は共益権に相当するからである。また、団体直轄利用形態において収益金を分配したり、分割利用形態において部落からの転出者に持分払戻に相当するような補償がなされる場合には、合手組合員の持分との違いは一層、消失しているからである。^⑧

そして、入会集団の対内関係、対外関係に関する川島博士の説明はギールケの合手共同体論に相通じる見解である。^⑩

り、博士が入会権の主体を多数の入会権者そのもの、多数者たる自然人そのものとされ、入会集団の特質を説く際に「ギールケは、このことについて構成員の多数性 *Vielfalt* と団体の単一性 *Einheit* は分化せず、多数者が同時に単一者なのだ」という説明をする」とされている点からすれば、川島理論はギールケ＝中田理論から「総有」や「実在的総合人」という概念を借りて来る必要はなかった、というよりもこれらの概念を用いない方がその理論の新しさを鮮明になしえたのではないかと思われる。

- (1) 川島・著作集(8)六七頁以下。
- (2) 川島・著作集(8)七二頁・七六頁。
- (3) 川島・著作集(8)六〇頁・七〇頁以下、石井＝川島＝渡辺・法協八六卷一号三二頁(川島・著作集(9)一七頁)(川島)。
- (4) 川島・著作集(8)七二頁、川島＝潮見＝渡辺編・解体Ⅲ五三九頁以下(川島＝中尾)。
- (5) 川島・著作集(8)七三頁。なお、川島・民法Ⅰ二六一頁、川島＝潮見＝渡辺編・解体Ⅲ五五一頁注(19)(川島＝中尾)。
- (6) 川島・著作集(8)七四頁以下・一〇二頁。なお、同書五二頁以下。
- (7) 川島＝潮見＝渡辺編・解体Ⅲ五四八頁(川島＝中尾)。なお、川島・民法Ⅰ二六〇頁以下では、入会持分権が高度に特定個人的で処分しえない点を強調されている。
- (8) 石田・総有権五二六頁以下・六一〇頁。末弘・物権法(下)一七〇九頁。なお、中田・法制史論集(二)七八八頁・一〇五三頁は村民の権利を持分とか個人権の持分とされている。
- (9) 渡辺・入会と法一一七頁は、団体直轄利用形態における構成員の収益金分配享受権は組合員の持分権とは性質を異にするとされるが、どのように異なるのか不明である。なお、同書一二九頁では収益金を分配する際に個人の「持分」権が決まっていることもあるが、この「持分」権は団体に対する一定比率での観念的排他的支配権としての意味をもつとされ、同書一九五頁では代金分配にあずかる権利は個別権利者に固有の持分化するとされている。さらに、同書二〇三頁では団体直轄利用形態において代金を権利者個人に分配する場合には、民法上の合有と類似してくとされる。
- (10) ギールケの合手共同体論については、拙稿「合手原理と組合法理」本誌一八卷三・四合併号一〇五頁以下。なお、ギールケはドイツのゲノツセンシャフト概念は幅広いものであり、国家に類似した社団や組合などを含みうるものであったとしているが(Gierke, GR II, S. 866 u. 907; Derselb, GT h. S. 339; Derselb, DPR I, S. 482)、『ホイスラーはギールケの「単一性 *Einheit*

- と複多性 *Vielfalt*」の定式にいう「複多性」は、古いドイツ法体系においては合手として出現すべきであり、合手はマルク共同体には無縁であると批判している (Heuser, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 1885, S. 273)。¹¹ ゾームはギールケの説は古いマルク共同体がドイツのゲノッセンシャフトとして発展していない、合手とゲノッセンシャフト(ケルペルシャフト)の間を揺れている形態を代表するという見解であるとしている (Sohn, *Die deutsche Genossenschaft*, 1889, S. 10)。¹² また、戒能博士はドイツ法上の団体観念は未だ団体人格の意識が成長せず、団体と団体員とを分離しておらず、現在の法律構成に照合すれば法人よりもむしろ組合的な考え方だとされ (戒能・民法入門五三頁、同・民法学概論六一頁)、栗生博士はマルク団体は団体の中でも最も合手共同体に近い性質をもっていたとされる (栗生・中世私法史一一三頁注(1)・一二五頁注(2))。
- (11) 川島・著作集(8)一〇九頁。
- (12) 川島・著作集(8)七〇頁以下。

五にも拘らず、川島博士は入会権が構成員に共同に帰属し、これを共同で行使する点を *Gesamthand* という概念で説明され、地域集団の *Gesamthand* 的支配を「総手制」と呼ぶことにより、共同体規制を内容とする共同所有、即ち総有を合有から区別せんとされている。³ しかし、博士の総有概念はギールケ中田理論におけるのとは相当に異なったものとなっている。ただし、ギールケ中田理論において総有とは所有権の内容が団体と構成員とに分属する場合の所有権を指しているからである。⁴

なお、川島理論にいう「総手制」はギールケの合手制に近い概念だとすれば、博士は集団構成員が自益権と公益権を有する共同所有形態について、所有権の主体が慣習によって形成・規制される地域集団なのか、あるいは法律行為によって形成・規制される集団であるのかの違いによって、総有と合有を区別されるのであろうか。もしそうだとすれば、総有と合有は共同所有形態を区別する概念というよりも、団体の存在構造を区別する概念として使用されていることになる。

次に、川島博士は「実在的総合人」という概念を、集団としての統一性 *Einheit* と構成員の多数性 *Vielfalt* が分化

しておらず、団体がその構成員の総体とは別の独立の存在とみなされることなく、その構成員の総体そのものから分化していない社会的存在である場合に、そのような特質を示す言葉であると解されている。⁷⁾そして、実在的総合人たる入会集団においては全員一致の原則が行われ、集団としての統一性は集団構成員の全員の意思決定そのものにほかならないという点に、多数決原理による団体の意思決定の故に、団体の意思決定と各構成員の意思決定が分化対立し、⁸⁾団体が構成員とは別個独立の自己固有の権利関係をもつような近代法的団体とは対立する特質があるとされている。

しかし、ギールケは団体の単一性と構成員の多数性が未分化の段階と、両者が分化し団体が構成員に対して相対的独自性をもつに至った段階を関連づけながらも区別して、後の段階にある団体をケルペルシャフトと呼んでいる。⁹⁾また、徳川時代の村の実体を村役人と総百姓の総体とされる中田博士は、この総体は多数人の結合に止まるものでなく、各村民に対してある程度の独立を示し、自ら権利義務の主体たる単一体であり、独立の人格者であったとされており、¹⁰⁾当時の村が公法上の団体たる性質を有していた点を考慮に入れても、川島博士の「実在的総合人」概念とはニュアンスを異にしているように思われる。

したがって、川島博士が入会集団、即ち入会権者の総体を一個の法主体とされるのであれば、¹²⁾ギールケ「中田理論から「実在的総合人」概念を借用されるよりも、むしろドイツ合手理論のうちの人法説、つまり合手共同体を人の集団とし、これに法主体性を認める見解に依拠して、¹³⁾入会集団と合手組合の違いを明確にされるべきではなかっただろうか。

なお、入会団体において全員一致の原則が行われる点¹⁴⁾は、近代法上の団体に対する一つの特色ではあるが、入会団体の意思決定は経済力や社会的地位が平等で自由に発言しうる構成員の全員一致ではなくて、全員一致というテーマエの下に有力者の支配が行われ、¹⁵⁾団体意思と構成員の個別意思がホンネのところで分化対立する点では、多数

決による近代法上の団体と本質的に違うものではあるまい。(例えば、従来の慣行を変更する提案が全員一致を得られずに否決された場合、提案者の個別意思と団体意思とは分化対立することになる)。とすれば、団体意思が多数決によって決定されるのではなく、全員一致によって決定される点に、實在的総合人たる入会団体の特質があるのでなく、一定地域において生活をしている人々がその生活を維持し、向上させるために団体を構成しているが故に全員一致を必要とし、全員一致による意思決定にも拘らず構成員総体と構成員各人とは別の主体とされ、団体の権利と各構成員の権利が関連性を有しながらも区別されている点にこそ、近代法上の団体に対する同質性と異質性を見出すべきであろう。

- (1) 川島＝潮見＝渡辺編・解体Ⅲ三四一頁・五三九頁・五四〇頁(川島＝中尾)。
- (2) 石井＝川島＝渡辺・法協八六卷一号二七頁(川島・著作集(9)一一頁)(川島)。
- (3) 石井＝川島＝渡辺・法協八六卷一号二八頁注(6)(川島・著作集(9)一二頁注(6))(川島)。
- (4) ギールケの総有概念については本稿第一章第一節注(5)、中田博士の総有概念については、中田・法制史論集(二)一〇五〇頁・一〇五五頁。
- (5) 因に、川島博士は入会権は慣習上の権利であるという場合の「慣習」は、特定の土地についての入会の慣行の存在を内容とするものであることを要せず、総手的地域共同体の存在を内容とするものであれば足るとされる(川島・著作集(8)八五頁・九頁、石井・川島＝渡辺・法協八六卷一号七三頁・七八頁(川島・著作集(9)五九頁・六四頁)(川島)。
- (6) 川島博士は法人格なき社團や民法上の組合の財産関係につき含有説を採られる(川島・民法Ⅰ一三七頁・一三八頁、同・民法Ⅲ二八九頁、同・民法総則一三九頁)。
- (7) 川島・著作集(8)二二八頁・三〇八頁注(43)。因に、同書五五頁以下においても、団体の単一性と構成員の多数性の同一視・未分化に関するギールケの叙述(Gierke, GR II, S. 47ff)を引用されているが、上谷・民商九〇卷二四四頁はこの引用部分を実在的総合人の説明とし、入会権の権能を二分する構成を批判する論拠とすることには、なお検討の余地があるとされる(なお、甲斐＝上谷・民商八八卷五号九八頁、上谷・民商九〇卷三三六九頁注(19))。
- (8) 川島・著作集(8)二一八頁・二二八頁。なお、中尾・入会林野三二八頁も多数決は構成員とは別個独立の団体である社團の

論理であって、構成員の総体が一つの団体である入会集団（実在的総合人）には適合しない論理とされる。

(9) Gierke, DPR I, S. 457f. vgl. Derselb, GR II, S. 866. なお、中田・法制史論集(二)九八六頁以下・一〇六八頁以下。

(10) 中田・法制史論集(二)九八四頁以下・一〇八一頁。

(11) 中田・法制史論集(二)九六三頁以下・一〇八一頁以下、石田・総有権四三二頁・五〇六頁以下、戒能・入会の研究二七〇頁以下。

(12) 川島・著作集(8)七五頁・七八頁は民法(起草者)は入会権の規定を通して、中間的共同体としての村落共同体を権利主体として承認したとされる。

(13) 人法説については、拙稿「合手原理と組合法理」本誌一八卷三・四合併号一〇五頁以下。

(14) 戒能・入会の研究三三二頁・三四八頁、川島・著作集(8)二一八頁（入会集団における全員一致のとりつけ方）根まわしの方法については、同書二一九頁・二九六頁以下）。なお、中世ドイツの仲間団体では、構成員の個別権にかかわる事項は全員一致であったが、個別権にかかわらない事項については多数決で決定した (Gierke, GR II, S. 478ff. vgl. Derselb, GTh, S. 226)。

(15) 戒能・入会の研究三三三頁以下、川島・民法Ⅰ二六二頁、渡辺・入会と法一五九頁以下。なお、団体直轄利用形態・分割利用形態・契約利用形態においては団体と構成員の利害が分裂対立する契機を内包している（渡辺・入会と法一一九頁以下・一二三頁・一三三頁。なお、川島・著作集(8)一九頁以下）。

六 入会部落住民の使用収益権を「内容において限定をうけた持分権もしくは地上権と同様の性質をもつもの」とし、使用収益権の確認請求とこの権利に基づく地上権設定仮登記の抹消請求を認めた第一審判決や、部落住民の使用収益権を入会権の支分権とした上で、これを共有持分に類比して、その確認の利益を認め、また仮登記の抹消請求を保存行為と解して住民の当事者適格を認め、その請求を認容した第二審判決のような構成をする学説が主張されたことはない。しかし、これらの判決は構成員の権利を入会持分権と解する新しい入会理論に依存したものの、その入会持分権の内容が不明確であるために、共有持分権と同一視、ないしこれに類比した説明をしたのではないかと推測される。

というのは、新しい入会理論によれば共有入会権とは入会集団の土地所有権、即ち共同体的規制の下にある部落住民総体の土地共同所有権であり、使用収益権能のみならず管理处分権能も一定の共同体的規制の下に各構成員に帰属しており、構成員に帰属するこの両権能が入会持分権ではないかと思われる。とすれば、入会持分権と共有持分権の違いは、共同体的規制の下にあるか否かの違いということになる。となると、新しい入会理論が入会部落住民による入会持分権の確認請求を認め、しかもこの確認請求は共有持分の確認請求ではないと強調してみても、確認請求に関する限りでは入会持分権と共有持分権の違いは本質的なものではないから、第一審判決のように部落住民の使用収益権を「内容において限定をうけた持分権」と同様の性質をもつと解したり、第二審判決のように共有持分権の確認の場合と類比しても、入会持分権の本質を見誤ったことにはならないだろう。

また、新しい入会理論は入会権者の一部が入会集団の入会権について確認請求の訴を提起しようとしているが、一部の構成員に当時者適格を認める理由づけとして、入会集団の権利を保存する権能を個々の入会権者に認めるべきことは共有の場合と異ならないし、共有の場合よりもその必要性は一層大きいとされているが、それならば、各構成員が入会集団の入会権や自己の入会持分権を保存するために、入会地盤上の地上権設定仮登記の抹消請求をなしうることも、共有の場合と何ら変りはないはずであり、第二審判決のような構成が出現しても驚くに値しないであらう。

右に推測したように、これらの下級審判決が新しい入会理論にならって、使用収益権の確認請求や仮登記の抹消請求を認めるために、前記のような説明をしたとすれば、それは新しい入会理論が旧い入会理論を完全に克服するまでに精緻化されていらないことを示しているといえよう。しかも、これらの判決は入会部落を「実在的総合人」とするにも拘らず、部落住民の権利を共有持分権と同一視したり、これに類比している点は、新しい入会理論が入会権の主体たる入会集団を構成員とは別の権利主体ではないとする一方で、入会集団は一個の権利主体であるとして

おり、入会集団の内部構造、即ち構成員各自の権利主体性と入会集団の権利主体性の区別・連関構造が明らかにされていないことを反映しているのではないだろうか。

さらに、本件上告理由は「入会権の内容を、団体の権能たる管理処分権と個人の権能たる使用収益権とに区別すること自体が、入会団体の総手的性格に反する構成であり、入会理論として取るべきでない」とされる渡辺博士の見解⁴を引用した上で、入会権確認の訴は固有の共同訴訟であるという主張を展開している。渡辺博士は入会権確認の請求に関して訴訟政策上、一部の構成員に原告適格を認めるべきであり、入会団体の権利を保存する権能が入会団体構成員に認められるべきであるとされているから、この上告理由のような引用の仕方は問題であるが、そこには新しい入会理論の不明確さが反映しているように思われる。というのは、渡辺博士の見解は、入会権は構成員全員の権利であるから全員で訴えるのが本筋であるけれども、そのようなことは望めないから訴訟政策上、一部の構成員に当時者適格を認めんとされるのか、それとも入会持分権に基づいて入会権の保存行為として入会権確認の訴が認められるとされるのか、要するに入会団体の権利と構成員各自の権利との区別・連関構造が明確ではないことが、右のような引用を許した一因ではないかと思われるからである。⁵

他方、従来の通説や本件最高裁判決のように、入会団体構成員は「共有におけるような持分権又はこれに類する権限を有するものでない」とすれば、構成員の使用収益権の法的性質をどのように解するか、つまり各構成員が使用収益権の確認を求めたり、この権能に基づいて妨害予防ないし妨害排除を求めうる根拠は何かという問題を残している。⁶したがって、この点を明らかにしておかねば本件上告人を納得させることは出来ないであろう。

というのは、本件上告理由は舟橋博士の見解⁸を引用して、各部落住民の収益権は持分権とはいえないから、対外的にそれを主張してその確認を求めることは認められないとしている。最高裁は、一方では使用収益権は共有持分権ではないとしてこの上告理由に応えながら、他方では各部落住民の原告適格を認め、その根拠として、入会権の

内容である使用収益権能は「入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能であつて……各自が単独で行使することができるものであるから」と述べているが、この説明だけでは「入会権そのもの」と「使用収益権能」との区別・連関構造や使用収益権の性格づけが明らかではないからである。

その点、構成員の使用収益権を特別個人権 *das Sonderrecht* とするギールケの理論では、構成員の個別訴訟を認める根拠は明白であるとする見解もあるが、ギールケ理論は公法・私法未分化段階の、したがって公法上の団体性と私法上の団体性を混在させた地域共同体をモデルとしたものであり、しかもその総体権と個別権の区別・連関構造の分析はギールマン法の総有概念を前提としたものである。したがって、そもそもギールケ理論が近代法体系の下に編入された入会権にそのままではまるかどうか問題である。

要するに、本件最高裁判決が各部落住民の使用収益権に基づく妨害排除の訴を認めるだけでなく、使用収益権の確認の訴をも認めたことは、従来の通説を一步踏み越えており、入会権確認訴訟を部落住民全員による固有必要的共同訴訟とする場合の障害を回避する道を開くものとして、一定の評価をなしうるとしても、その理論的根拠を明らかにしておかなければ、共有と総有の違いが曖昧になるであろうし、真の意味で通説を乗り越えることにはならないであろう。

- (1) 川島＝潮見＝渡辺編・解体Ⅲ五四八頁(川島＝中尾)。
- (2) 川島＝潮見＝渡辺編・解体Ⅲ五四九頁(川島＝中尾)。
- (3) 上谷・民商九〇巻二号三八頁は、入会部落を実在的総合人とした点は判決内容の法的構成に不可欠とはいえない、とされる。
- (4) 川島編・注釈民法(7)五五一頁(渡辺)。
- (5) 川島編・注釈民法(7)五五二頁(渡辺)。なお、川島＝潮見＝渡辺編・解体Ⅲ五三八頁以下(川島＝中尾)。因に、民訴法学者の見解として、小山・昭和四一・四二年度重要判例解説七〇頁は一部の部落住民による入会権確認請求は確認の利益を欠くから、一部の住民だけでは当事者適格を有しないとされる。また、福永「共同所有関係と固有必要的共同訴訟」民事訴訟雑誌二

一号六三頁は、住民の一部に入会権確認訴訟の当事者適格を認めると全員につき画一的に処理しえないとされる。これに対して、部落住民の使用収益権に基づく個別訴訟（使用収益権の確認請求や妨害排除請求）を認める場合にも判決は区々になるとの反論がある（中尾・判例評論二九一号一八七頁、同・ジュリスト七九二号六六頁、同・入会権（二）一一九頁以下）。しかし、団体の入会権の確認と構成員の持分権の確認とは、判決が区々になることの意味が違うのではなからうか。

(6) 甲斐Ⅱ上谷・民商八八巻五号九八頁、上谷・民商九〇巻二四四頁・四六頁注(19)、は新しい入会理論は必ずしも判例の固有を必要的共同訴訟論を否定する論拠とはなりえない、とされる。

(7) 従来の通説は、各住民の権利が個別権ないし固有権であることを根拠にして、各住民が侵害の排除をなしうるとしているが（石田・物権法論五二〇頁、我妻・民法講義Ⅱ・昭和二十七年版三〇二頁）、使用収益権の確認については言及しないか、せいぜい内部的にのみ許されるとするにすぎない（舟橋・四五三頁。但し、分割利用形態においては、分割部分について対外的にも確認を求めうるとされる）。

(8) 舟橋・四五三頁。

(9) Gierke, GTh, S. 217; Derselb, DPR I, S. 548f. なお、中田・法制史論集(二)六八七頁・一〇五三頁。

(10) 上谷・民商九〇巻三三六七頁以下。なお、甲斐Ⅱ上谷・民商八八巻五号九七頁。

(11) 団体と構成員の關係に関するギールケの見解は、Gierke, GTh, S. 141ff. u. 174ff.; Derselb, DPR I, S. 533ff. 石田・ギールケの団体法論一三五頁以下。

(12) 前記昭和四一年東京地裁判決も入会権の確認については固有を必要的共同訴訟とするが、この見解は最判昭和四一年一月二五日民集二〇巻九号一九二一頁によって再確認されている。

(13) 甲斐Ⅱ上谷・民商八八巻五号八九頁、上谷・民商九〇巻二三八頁。なお、前記昭和四一年東京地裁判決が各住民の使用収益権に基づく妨害排除請求の訴を認めたことに関して、川島編・注釈民法(7)五五一頁(渡辺)も同様の評価をされている。

七 ところで、本件第二審において当事者参加人らは、山梨県から本件土地の払下げを受ける際に、払下代金を出捐した者には共有入会権があり、その余の者には地益入会権があると主張している。本件ではこのような主張は受け容れられていないが、別の入会事件において、右のような構成をとる判決が現われた。

その一は、旧戸（入会地盤の共有登記名義を有する者）と新戸（共有登記名義を有しない者）との間に、収益金の分配に著しい差があり、また旧戸のみで管理活動を行うことがあったので、新戸が旧戸を相手どつて入会地に對し共有持分権を有することの確認、ならびに共有持分権の移転登記手続を求め、予備的に共有入会権を有することの確認を求めた事件である。この事件の控訴審は旧戸は共有入会権を有し、新戸は地益入会権を有するという構成をとつてゐる。^②

その二は、旧戸と新戸の間に収益金の分配に差があるだけでなく、旧戸のみの合意に基づいて入会地の一部分を売却したので、新戸の一部が旧戸および原告として訴訟に参加しなかつた新戸を相手どり、第一次請求として未売却地の上に共有入会権を有することの確認を求め、第二次請求として地益入会権を有することの確認を求めた事件である。この事件においても、第一審は地券交付当時の入会部落住民が共有入会権を有していたとの判断の下に、旧戸は共有入会権を有し、新戸は地益入会権を有すると判示してゐる。^③

従来の判例および多数の学説によれば、入会地盤所有権が入会団体ないし構成員全員に帰属しているか否かによつて、共有入会権と地益入会権の区別を行つてゐる。^④したがつて、この基準からすれば構成員全員が共有入会権を有するか地益入会権を有するかのいずれかであつて、同一の入会団体の構成員のうち一部の者は共有入会権を有し、他の者は地益入会権を有するとする前記判決のような構成は、理論的に成り立ちえないものである。^⑤

しかし、入会権を地盤所有の問題としてではなく、地盤利用の問題として把握する立場からは、このような構成をなしえないわけではない。つまり、共有入会と地益入会の区別は明治初年の地券交付の際に人為的に形成されたものであり、両者は権利の差ではなく利用状態の差異にすぎないとされる戒能博士は、共用者の間に収益上の差異がないか、僅かな差しかない場合は、土地が共用所有物であることの証拠であり、共有入会権が存在する。これに對して、収益上の差が相当なものである場合には、優等な使用者が自己の所有地に他人をして物権的または債権

的使用権を与えていると解される。⁶⁾

したがって、前記の事例に戒能説を当てはめると、これらの例では収益金の分配にかなりの差があるわけだから、優等な収益権者が土地所有者であり、劣等な収益権者は土地の所有者ではないことになり、前記判決のような構成が成り立ちえないでもない。しかし、そのような構成をした場合、土地所有者の使用収益権は所有権の効果なのか、入会権の支分権なのか、土地所有者でない者は土地所有者と共に一つの入会団体を構成しているのか、それとも土地所有者と非所有者は別の団体を構成しているのか、要するに、入会団体の構成と構造はどのようなものかという根本的問題に逢着せざるを得ない。

この問題は、戒能理論が「総合的実在人」たる「生活協同体としての村」の構造を分析されていないことに由来する問題であると同時に、徳川時代から明治初期にかけての入会を研究対象とされ、当時の入会権を土地に対する支配として構成された戒能理論を、民法制定により近代的所有権体系の中に編入された入会権に当てはめたこと⁷⁾に由来する問題でもあり、近代民法典の下で戒能説のような構成が維持できるのかという問題に連なっている。⁸⁾

(1) 訟務月報二二卷一号六頁(民集三六卷六号九六〇頁)。

(2) 仙台高判昭和五五年五月三〇日判例タイムズ四二二号一〇四頁。本件の紛争の背景と訴訟の経過につき、中尾「入会裁判と村落」西南学院大学学術研究所紀要一九号八三頁以下・一二頁以下(中尾・入会裁判の実証的研究二三頁以下・五二頁以下)。なお、本件では新戸の一部が訴訟に加わっていなかったため、控訟審は入会権確認の訴は固有の共同訴訟であるとして訴を却下したが、上告審は入会団体構成員の団体構成員たる地位もしくはこれに基づく使用収益権の確認訴訟は固有の共同訴訟ではないとして、破棄差戻の判決を下した。(最判昭和五八年二月八日判例時報一〇九二号六二頁)。

(3) 長野地裁上田支部判昭和五八年九月二八日・中尾「入会権者と地盤所有者」西南学院大学法学論集一六卷三三三五頁以下。本件の紛争の背景と訴訟の経過につき、中尾・西南紀要一九号二三頁以下・五一頁以下(中尾・実証的研究九七頁以下・一二五頁以下)。なお、本件第一審裁判所に提出された鑑定報告書に加筆訂正したものとして、小林・黒木「長野県小海町稲子の入会権」茨城大学地域総合研究所年報一七号五七頁以下。

(4) 大判大正九年六月二六日民録二六輯九三三頁、末弘・物權法(下)一六九一頁以下、我妻・民法講義II・昭和二七年版二九七頁以下、末川・三六二頁以下、川島・民法I二五五頁、同・著作集(8)八八頁以下、舟橋・四四七頁、中尾・林野法一一一頁(但し、判例・學說を原則的に支持すべきであるが、なお十分に再検討すべき問題を含んでいるとされる)、同・入会林野五五頁以下。反対、戒能・民法學概論八九頁(前記大正九年判決は無責任な學說に降伏したものとされる。なお、入会の研究四四二頁)。

(5) 中尾・西南論集一六卷三三三頁・二五五頁、同・入會權(1)六九頁、同・入會林野二一〇頁以下。なお、中尾教授はこれらの判決は登記にこだわり、まどわされたものと評される(中尾・西南論集一六卷三三三頁・二三三頁、同・入會權(1)六九頁、同・入會林野二〇六頁)。これに対して、上谷「入會權における慣習と理論」大阪市法學雜誌三一卷三・四合併号一七一頁は、判決の構成を登記にとらわれたと批判するだけでは不十分であり、これらの事案では、当事者の意識および慣習の内容が総有による構成で把握しきれるものかどうかが問われているのではないかとされる。

(6) 戒能・民法入門六九頁・七二頁、同・民法學概論八八頁以下・九七頁。同旨、末弘||戒能・民法講話(下)六三二頁。なお、戒能・入會の研究二六一頁以下・四二九頁以下(とくに四四一頁)。

(7) 注(4)の大正九年判決以前においては、判例は共有入會權とは土地・毛上とも入會權者に屬する場合ではなく、土地は第三者もしくは入會權者の一部の者に屬し、毛上のみを入會權者が共有し共同収益する場合と解し(大判明治三七年二月二六日民録一〇輯一六八二頁)、土地が共同収益者の共有に屬する場合に、毛上を共同収益するのは共有權の効力であつて、入會權でないとしていた(大判明治三九年一月一九日民録一二輯五七頁、大判明治四〇年二月二〇日民録一三輯一二七頁)。石田・總有權五八二頁は、大正九年以前の判決の根柢には入會權は林野所有權ではなく、林野の共同収益を目的とする慣習上の特別の物權とする誤った考えが潜んでいると評される。これに対して、戒能・民法學概論八九頁は、明治三七年判決は感覺的には明治初期民有地券の渡方について知識をもっていたと評される。

(8) 因に、中尾・林野法一一〇頁は入會權を平等入會か差等入會かで区分するのは、現在では必ずしも適切ではないとされる。

八 本章では最近の入會判決に関連させて、わが国の主要な入會理論を概観したが、それらはいずれもギールケ||中田理論を源流とするものであり、「總有」ないしこれに類する概念を用いて入會關係を把握する点では一致してい

る。しかし、入会権のモデルをどのような利用形態に求め、何を総有の対象と見るか、入会権の主体をどのように構成するかの違いに応じて、入会権をどのような権利と解し、入会権と入会地盤所有権の関係をどう捉えるかという点で違いが生じており、入会理論は混乱状態にある。

例えば、共有入会権の構成を較べてみると、いずれの理論も入会地盤の所有形態を総有とする点で一致している。しかし、通説や川島説が土地所有権を中核に据え、共有入会権を土地の共同所有の一形態として位置づけるの^①に対し、末弘博士は入会権と土地所有権を区別した上で、入会権を総有の対象とされ、その結果、共有の入会地盤も総有になるという構成をされる。また、旧時代の村持入会地は村民一同の総有財産であつたとする通説の解釈を疑問とされる戒能博士も、入会地盤が直接的に総有されていたわけではなく、村民がその地盤上に生育する草木の類を支配し進退することを通して、間接的に土地総有に類する状態が生れていたとされる^③。そして、土地が共同で所有されていることを共有入会の第一義的要件とはされず、収益が同等であることを土地の共同所有の証拠とし、この場合に共有入会の存在を認められることは、先に見たとおりである。

通説と川島説は共有入会権を土地総有権として捉える点では一致しているが、総有の理解の点では考えを異にしている。つまり、通説は入会団体と構成員とを関連させながらも区別し、所有権の内容を管理処分権能と使用収益権能に分けて団体と構成員に分属させ、団体の権利と構成員の権利が有機的に結合するところに、総有という共同所有形態の特質を見出している。これに対して、川島説では土地の管理処分権能も使用収益権能も、構成員の総体たる入会集団に帰属し、構成員全員で共同に行使すると解されるから、各構成員は使用収益権のみならず管理処分権をも有することになり、この点で通説とは袂を分かち末弘説・戒能説に近づいている。

というのは、川島説では構成員の総体とは別の独立した存在としての入会団体なるものを認めず、構成員の総体が共有入会権の、したがって土地所有権の主体となるが、末弘説においても共有入会権は同有（聯有・総有・含有）

の最も顕著な例とされ、その同有とは数人が結合して一体として、しかし法人をなすことなく不分割的に所有する形態だからである。⁵⁶ また戒能説では明治初年の村名義の地所は村民ないし部落民が総体として所有する土地であり、入会部落の農民総体が入会の権利者と解されているからである。⁵⁷

ところで、本章の冒頭において、末弘⁵⁸戒能理論を通説に対するアンチ・テーゼとして位置づけたが、このような理論状況の下に登場した川島理論に期待された学説史上の役割は、右の理論的対立を総合止揚することであったといえよう。そして、川島理論が通説の側面と末弘⁵⁹戒能理論の側面を合わせ持つ点からすれば、この期待に応えているようにも見える。しかし、川島説は学説史上の課題を十分には果されていないというのが、私の率直な評価である。

というのは、通説のように共有入会権を土地総有権として構成する場合の最大の問題は、近代的所有権法体系の下で所有権の帰属と行使をどのように区別・連関づけるか、つまり、物に対する抽象的・観念的・排他的な支配権である所有権と、現実管理・利用している権利としての入会権を、どのように区別・連関づけるのか明確でない点にある。この難点は、入会権と土地所有権を区別される末弘説や、入会権を土地利用の問題とされる戒能説によって完全に止揚されたわけではない。したがって、通説と末弘⁶⁰戒能理論の対立を総合止揚するためには、まず右の問題を解く必要がある。にも拘わらず、川島博士は入会地の利用を入会集団の総有権の行使と解し、中田説と同じ発想をされたに止まり、右の中心問題の解明を放置されている。その結果、入会集団の内部構造の論理的分析を欠くことになり、入会集団に関する説明も感覚的で曖昧なものとなっただけでなく、共有持分権に対する入会持分権の特質を明確にすることが出来なくなっている。

そして、川島理論にいう「入会集団」は入会権者の相互関係であり、ギールケの合手共同体に相当するものであった。それ故に、川島説は末弘説に接近しえたわけである。というのは、末弘博士の「同有」概念はドイツ合手理

論の通説たる財産法説に符号しているが、この財産法説はギールケを源流とする見解だからである。しかし、ギールケや財産法説の立場では合手共同体は団体人ではなく複数人の関係にとどまり、一個の権利主体とは認められていない。これに対して、川島説では入会集団に権利主体性が認められており、しかも入会集団の土地所有形態を総有とされるために、合手と総手の区別が不明確になり、入会持分権の特質を一層曖昧にただけでなく、入会理論の対立を一層複雑にしていることは否めないであろう。

かくして、入会の理論的研究の今日的課題は、通説と末弘⁽¹²⁾戒能理論の対立を総合止揚するに止まらず、川島説を中心とした新しい入会理論をも加えた鼎立状況を克服しうる理論を構築することとなければならない。そして、この課題を果すためには、われわれは川島博士が置かれていた地点に立ち帰り、戦後の実態調査の成果を踏えて入会団体の内部構造を分析し、その法的構造の中に入会地盤所有権や管理处分権・使用収益権を位置づける作業をなすべきであろう。

- (1) 石田・物権法論五二六頁、同・大要(物権)一一六頁、我妻・民法講義II・昭和二十七年版二九七頁、末川・三六三頁以下、舟橋・四五〇頁・四五五頁、川島・民法I二五五頁、同・著作集(8)一六頁・六七頁・一〇〇頁、川島⁽¹³⁾潮見⁽¹³⁾渡辺編・解体III五四三頁(川島⁽¹³⁾中尾)。

- (2) 本章一節注(8)。

- (3) 末弘・物権法(下)一六九六頁。

- (4) 戒能・民法学概論七四頁以下。

- (5) 末弘・物権法(上)四〇七頁以下。なお、末弘・農村法律問題四三頁以下、同・債権各論八二七頁。

- (6) 戒能・民法入門七〇頁、同・民法学概論九三頁。

- (7) 戒能・民法学概論九八頁。

- (8) 石田・総有権二〇八頁は、総有権はその帰属に於て村民全体に属し、その作用・行使に於て村の権利と住民の権利とに分れたとされているが、近代所有権法体系の下でも、この説明が通用するののかという問題である。

- (9) 戒能・民法学概論八七頁、川島編・注釈民法(7)五七五頁・五七八頁(中尾)。
- (10) 川島・著作集(8)八九頁。
- (11) 中田・法制史論集(二)六七三頁。
- (12) 財産法説とは、合手概念は合手共同体を構成する複数人に帰属する財産(特別財産)に向けられた概念とする見解で、前記の民法説と対立する考え方である。財産法説については、拙稿「合手原理と組合法理」本誌一八卷三・四併合一〇二頁以下。
- (13) 因に、法律関係の主体としてのゲノッセンシャフトとは構成員全体のことであつて、ゲノッセンシャフトそのものは法主体ではないとするゾームは(Sohn, S. 26 u. 31f.)、財産の帰属と管理を区別し、ゲノッセンシャフトの財産は各成員の共有であるから、財産共同関係に関する法規・合手財産に関する法規の適用があるが、管理権は全体としてのゲノッセンシャフトにあるとして、この点に合手とゲノッセンシャフトの関連性と差異性を求めている(Sohn, S. 8, 27ff. u. 36f.)。

三 入会団体と入会権の構造

一 入会という法現象を表面的に眺めると、一定地域の住民に土地所有権、ないし第三者(住民の一部を含む)の土地に対する利用権が帰属している状態を把握するであろう。しかし、これら複数人の土地所有権ないし利用権は、近代的物権のように抽象的・観念的な支配可能性として保障されれば足りるものではなく、一定の土地を現実に管理し利用しなければ、意味をなさないものである。したがって、入会現象の表面から一歩踏み込んで見れば、入会部落住民が土地を管理し利用する姿に出会はずである。しかも、これらの住民は各自が銘々勝手に土地を管理し、利用しているのではなく、住民の間に伝えられた慣習に従つて管理し、利用しているはずである。とすれば、部落住民の間には土地を共同で管理し、利用する意思が形成されており、彼らは団体を構成していることになる。

かくして、われわれの観察が権利義務関係の本質をなす意思の次元に到達したところから、今度は逆に入会現象の表面、つまり現象形態へと向つて整理して行くと、入会団体の法的構造は次のようにいうことが出来よう。即ち、

一定地域の住民の間に形成されている、一定の土地を共同で管理し利用する意思是、団体の本質を成す共同事業意思である。但し、入会団体の場合には、近代的団体である合手組合や社団のように複数の個人が法律行為（契約ないし合同行為）によって共同事業意思を形成したわけではなく、世帯の代表者¹が永年かけて創り上げ、守り続けて来た慣習の中に共同事業意思が具体化されており、その慣習によれば入会部落の意思決定は全員一致を原則とするなど、近代的団体に対する特殊性が見られる。とはいえ、部落住民の間に入会地を共同で管理し利用する意思、即ち共同事業意思が存在する点では、近代的な団体と本質的に何ら異なるところはない。³

入会部落構成員の共同事業意思は部落の慣習に従って実行に移されるが、事業計画を立てたり、「ヨソモノ」の加入を認めるなど、部落の重要事項を決定するために、構成員全員から成る「寄合」などの名称をもつ意思決定機関があり、そこで形成された団体意思を実行するために、「部落長」とか「区長」などの名称で呼ばれる執行機関が設けられるのが通例である。⁴そして、執行機関の対内的・対外的活動を媒介にして、土地そのものの管理や使用の規制が行なわれ、あるいは産物の売却や収益金の分配などが行なわれるが、それは入会団体、即ち構成員全員で有する管理・処分権の具体的な発現に他ならない。

しかし、この執行機関を媒介とした管理・処分権の具体的発現は、入会団体の意思を執行するという意味をもつに止まらず、これらの活動によって入会用地が形成され、維持されている。つまり、土地に対する所有権や他人の土地の利用権は、それだけを切り離して見れば、単に抽象的・観念的な支配権にすぎず、土地を使用・収益し、あるいは処分しうる権原にすぎない。しかし、この所有権なり利用権を前提にして、土地を管理し使用収益しうる状態に置くことによって、この土地は抽象的・観念的な物権の客体から現実支配されている入会用地へと転化し、入会団体ないし各構成員の使用・収益権を基礎づける。このことは、入会地に対する集団的管理・利用という事実が全くなかったり、構成員の使用収益権に対する入会団体の規制が全く及ばなくなれば、入会権は消滅するとい

われていることが、消極面から裏づけるであろう。⁵⁾

このように、入会団体の管理活動を通して、抽象的・観念的に支配可能な土地は具体的・現実的に支配されている入会用地に転化し、入会団体や構成員の使用収益権に物的基礎を与えるが、団体や構成員の使用収益権の基礎となるのは入会用地だけではなく、その他の動産・不動産（例えば、道具や機械・建物など）が団体、即ち構成員全員に帰属し、全員の管理下に置かれ共同で使用されていることもあろう。さらに、団体の管理処分活動に伴って債権・債務が発生すれば、これも構成員全員に帰属し、団体としてこれを管理しており、しかもこの債権・債務が団体の収益を左右することは、団体直轄利用形態や契約利用形態を考えると見れば明らかであろう。

したがって、入会団体、即ち構成員全員に帰属しているのは土地所有権ないし利用権に止まらず、その他の動産・不動産物権や入会活動に伴う債権・債務も入会団体に帰属している。⁶⁾そして、これらの権利・義務は表面的には、それぞれ個別的に団体に帰属しているが、このレベル（現象形態次元）における個々の権利・義務が使用収益権を現実化・具体化しているのではなく、団体の内部でこれらの物権の客体や債権・債務が組織的に管理・運用されて初めて使用収益権の物的基礎をなすことが出来る。それ故に、入会団体が組織的に管理・運用している権利・義務を、組合財産に倣って、入会財産と呼ぶならば、入会団体が現実支配しているのは土地所有権や利用権ではなく、右の入会財産である。そして、この入会財産を構成している土地やその他の動産・不動産が構成員の団体的使用や個人的使用の対象となり、あるいは団体の収益はこの入会財産として管理され、団体や構成員の利益のために運用・処分されることになる。

要するに、入会団体は個々の物権・債権・債務を個別的に取得し、管理し、処分しうるだけでなく、これらの物権の客体や債権・債務を組織的に管理・運用することにより、入会財産を形成し、維持し、あるいは変更・消滅させ、入会団体＝構成員総体や構成員各自の使用収益権を基礎づけたり変更したりしているが、入会団体の対内的・

対外的活動権を入会活動権と呼び、入会財産に対する支配権を入会財産権と呼ぶならば、入会活動権と入会財産権とが入会団体の実体をなし、入会財産を構成している個々の物に対する権利（物権）や債権・債務は入会団体の現象形態にすぎない。⁽⁹⁾

- (1) 世帯（の代表者）が入会団体の構成員であるから（同旨、川島・著作集（8）一九頁・七〇頁、渡辺・入会と法一四三頁以下・一五七頁、中尾・入会林野六五頁以下）、現在の世帯主が死亡しても民法上の組合のように脱退（民六七九条一号）が生じることとはなく、新しい世帯主がその世帯の代表者として、入会団体構成員の地位につく（同旨、中尾・入会林野六八頁）。なお、末弘・農村法律問題四八頁以下は、新戸主が入会慣行所定の資格を取得して、新たに権利者になるとされる。

- (2) このような捉え方は、前章五節注（5）で紹介した川島博士の見解に近いのではないかと思われる。
- (3) 石田・総有権一一三頁は、ゲルマンの土地総有団体においては事業の共同が団体の基礎ではなく、土地の総有が団体の基礎であったとされ、そこから組合との違いを説かれている。

- (4) 入会団体の組織については、川島・著作集（8）二二頁以下、渡辺・入会と法一五〇頁以下。なお、山中部落の組織と運営につき、下民集一九卷七・八号四四四頁以下、石井・川島・渡辺・法協八六卷一号四〇頁以下（川島・著作集（9）二五頁以下）（川島）・四五頁以下（川島・著作集（9）三〇頁以下）（渡辺）。

- (5) 川島編・注釈民法（7）五七九頁以下（中尾）、中尾・入会林野三二二頁・三三三頁以下。なお、戒能・民法学概論九八頁・一〇〇頁。

- (6) 同旨、川島・著作集（8）七五頁。なお、石井・川島・渡辺・法協八六卷一号七八頁（川島・著作集（9）六四頁）（川島）。

- (7) 契約によって入会権を取得できるかという問題があるが、入会団体が契約によって土地を取得したり、土地利用権を取得して、その土地を入会用地として管理運用することにより、入会財産を新たに形成することができる（結果同旨、川島・著作集（8）九九頁、石井・川島・渡辺・法協八六卷一号七五頁（川島・著作集（9）六一頁）（川島）、中尾・入会林野三〇九頁。なお、石田・物権法論五二八頁、奈良・二一四頁以下）。

- (8) vgl. Gierke, GTh. S. 218ff.

- (9) 本文で述べたところを図式的に整理すれば、入会団体の法的構造は次のようになる。

（本 質） （実 体） （現 象 形 態）



二 入会団体が右のような構造をもつとすれば、ここから次のような仮説を導くことが出来るであろう。即ち、① 入会団体とは土地を共同で管理し、利用する慣習の下に結合した構成員総体のことであり、これは法人ではないが構成員各人とは別の法主体である。② 入会権とは入会活動権と入会財産権のことであり、土地所有権や土地利用権（他物権）はこの入会権を基礎づける権原として、つまり入会財産の中核的構成要素である土地に対する権原として、入会権と関連させながらも区別すべきである。

右の仮説を詳解すると、入会団体構成員は全員で一個の意志（共同事業意思）を形成し、一個の人格権（入会活動権）を有している。したがって、彼らは単なる複数人の集団に止まるものではなく、単一の法主体として財産法上の権利を有し義務を負う。つまり、構成員全員に一個・不可分の入会財産権が帰属するのみならず、入会財産を構成している個々の物に対する権利（物権）や債権・債務も一個・不可分の権利・義務として構成員全員に帰属する。

それでは、入会団体、即ち構成員全員が一個の法主体として取扱われる実定法上の根拠は存在するであろうか。わが民法には入会団体の法主体性を直接に示唆する規定は存在しないが、入会権をめぐる紛争は各地方の慣習によって処理されるわけであるから（民二六三条・一九四条）、各地方の慣習上、入会団体が一個の「権利」主体として取扱われていれば、民法の下でもこれを一個の法主体として取扱わなければならない。^①

ところで、ここに法主体というのは、ローマ法における法人のように構成員を超越したところに、構成員とは別個独立の主体として創り出される擬制人という意味ではなく、複数人が一体として法律関係の主体になるという意味である。^②つまり、共同目的の下に結合した複数人が、統一意思を形成して、統一的行動し、その効果として一個の権利・義務がこれら複数人に不可分的に帰属するが故に、この複数人は複数の法主体としてではなく、単一の法主体として取扱われるわけである。

そして、入会団体、即ち構成員全員を単一の法主体として取扱う以上、この団体は構成員によって担われているにも拘らず、したがって川島博士が云われるように構成員総体とは別の独立の存在ではないにも拘らず、各構成員とは別個の法主体でなければならない。つまり、入会団体＝構成員総体と各構成員とは関連しながらも区別さるべき存在であり、入会団体は各構成員から遊離した存在ではないがこれとは別の主体である。したがって、入会団体が法律上の単一性を有しうる法理論的根拠は、川島博士のように構成員の全員一致によって団体意思が決定される点に求めるだけでは不十分であり、末弘博士のように権利義務の帰属の態様に求める見解を加味すべきである。というのは、川島博士の見解は入会集団の統一性を社会的事実として説明されているが、法現象としての団体の単一性の解明にはなっていないからである。他方、末弘博士の見解は前章で指摘したように、合手理論の通説たる財産法説に相当するが、この立場からは複数人の共同事業関係を団体として捉え、これを一個の法主体と認めることは出来ない。したがって、入会団体の法主体性を合手原理に基づいて論拠づけるのであれば、人法説に立脚すべきであるということも、前章で言及したところである。

それでは、入会団体＝構成員総体と各構成員の間に見られる右のような区別・連関構造（ギールケ流に言えば単一性 *Einheit* と複多性 *Vielfalt* の区別・連関構造）は、団体の権利と各構成員の権利（ギールケ流に言えば単一権 *Einheitsrecht* と複多権 *Vielfaltsrecht*・総体権 *Gesamtrecht* と個別権 *Sonderrecht*・単一的総体権 *einheitliches Gesamtrecht* と複多的個別権 *vielfeitliches Sonderrecht*）に⁽⁹⁾どのよう⁽¹⁰⁾に反映しているであろうか。まず、入会活動権、つまり従来の学説が管理处分権と称しているものに相当する権利について考察すると、団体＝構成員総体が一個の入会活動権を有しているが、構成員全員に帰属しているこの権利は、団体意思決定への参加権や異議申立権などの形をとって、各構成員に配分されている。しかし、各構成員に配分されたものは、各自の権利というよりは、むしろ機関権限と見るべきである。

けだし、先に述べたように団体と構成員とは関連しながらも区別されるべき存在であるから、各構成員は自己とは別の主体である団体の権利を、団体の担手として行使するのであって、団体に対する関係において行使するのではないからである。したがって、各構成員はこの権限を「自己のためにのみ行使してはならない」という消極的な義務を負うに止まらず、「団体、即ち構成員全員の利益を考えて行使すべきである」という積極的義務を果されており、この義務に違反した行動をとれば、除名（村八分）などの制裁を受けることにもなるわけである。

他方、入会活動の成果として形成される入会財産権も入会団体、即ち構成員全員に帰属しているが、これを各構成員に配分したものが、従来の学説にいう構成員の使用収益権に相当する権利である¹⁰。各構成員に使用収益権が認められる場合、これは団体の規制に服するとはいえ、構成員の利益を図るために認められたものであり、しかも団体に對して個の立場において行使しうるものであるから、構成員の権利であって、団体のために行使すべき権限ではない。新しい入会理論にいうところの入会持分権とは、この権利の源泉である入会財産の共同支配者たる地位を指すことは、後に述べるとおりでである。

(1) 結果同旨、我妻・民法講義II・昭和二十七年版二九八頁、川島・著作集(8)七五頁・七八頁、中尾・林野法四六頁・九九頁。なお、徳川時代および明治前期の村（これは純粹に私法上の団体ではなく、公法上の団体でもあった）が権利義務の主体として取扱われていたことについては、中田・法制史論集(二)九六三頁以下・九九二頁以下、石田・総有権五〇九頁以下。

(2) 拙稿「合手原理と組合法理」本誌一八卷三・四合併号一二一頁以下。同旨、中田・法制史論集(二)九八五頁・九八七頁以下、石田・総有権九二頁・一二〇頁以下・二〇九頁・三六二頁・五三四頁、栗生・中世私法史一二八頁以下。vgl. Gierke, GR II, S. 332f. u. 906f.; Derselb, GTh, S. 4ff. u. 38.; Sohm, S. 33ff. なお、マルクゲノッセンシャフトを法人と解するホイスラーは土地を法人の単独所有であるとしてギールケの總有説に反対しているが(Heusler, S. 262ff. insb. 269ff.)、この法人説はゾームによって否定されている(Sohm, S. 11f., 18, 20u. 22. ホイスラーとゾームの学説の紹介として、平野・民法に於けるローマ思想とゲルマン思想・初版大正一三年四八四頁以下)。

(3) 川島・著作集(8)七〇頁以下・一〇一頁・二二八頁・三〇八頁注(43)。

- (4) 反対、川島・著作集(8)七〇頁、中尾・入会林野九四頁。
- (5) 川島・著作集(8)二一八頁・二二八頁。
- (6) 末弘・物権法(上)四〇七頁、同・農村法律問題四三頁以下。
- (7) z. B. Gierke, GR II, S. 47f., 328, 329, 332, 485, 887, 905ff.; Derselb., GTh, S. 38, 317, 321, 337; Derselb., DPR I, S. 457, 577, 579 usw.
- (8) z. B. Gierke, GR II, S. 50, 136, 328, 887; Derselb., GTh, S. 8, 215, 218, 220, 222, 224, 319, 332, 339; Derselb., DPR I, S. 479, 482, 577, 617 usw.
- (9) 会社に関して同旨、田中(耕)・商法学特殊問題(上)一〇一頁・一三二頁・二三二頁・二四六頁以下、同・改訂会社法概論(上)七二頁以下・一一七頁以下、同・改訂会社法概論(下)三四五頁・三五三頁以下。なお、川島・著作集(8)二三頁。
- (10) vgl. Gierke, GTh, S. 223f. なお、ギールケは財産総体を基盤に築かれたゲノッセンシャフトにおいては、構成員個人に財産法上の持分があるとしてゐる (GR II, S. 876)。

三 次に、右の仮説において入会権を入会活動権と入会財産権に限定し、土地所有権ないし他物権は入会権を基礎づける権原にすぎないとして、入会権と区別する点は従来の発想と大幅に異なっているだけでなく、既存の法的概念とも異なっているので、大方の疑問や批判が予想される。

私見に対する疑問あるいは批判として、まず考えられるのは、土地所有権ないし他物権の他に、この物権の客体たる土地を中核的構成要素とする入会財産に対する支配権、即ち入会財産権という概念を用いたり、入会財産を構成する個々の権利・義務を取得し管理し、組織的一体としての入会財産を形成し維持して、これを団体または各構成員の利益のために使用し処分するなどの権利を、入会活動権なる概念で把握する必要があるのかという意見である。

この点については、これまでに再三触れて来たように、ローマ法の流れを汲む近代の物権は抽象的・観念的で排

他のな支配の権原とされている。土地所有権を例にとれば、排他的に土地を支配し、これを使用・収益・処分する可能性が保障されているのが土地所有権であり、土地所有者が現実^①にその土地を管理し、使用収益しているか否かは問うところではない。これに對して、入会権は入会団体、即ち構成員總体が現実^②に土地を管理し、団体または各構成員が自らの利益のために使用収益する權利であり、ゲルマン法のゲヴェーレ^③に相当する權利であつて、ローマ法や近代法上の物権（とくに共有）概念では把握しえないものである^④。

それだからこそ、従来の學說も總有概念を用いて入会権を説明することにより、ローマ法的な共有とは異なることを示そうとしている。しかし、徳川時代や明治前期の入会権の解明ではなくて、民法典制定後の近代物權法体系の中に編入された入会権を説明するために、ゲルマン法の總有概念を借用するにしても、それが仲間的共同体による土地の現實的支配・利用關係を把握するための概念であることを忘れて、共有や合有と並ぶ共同所有の一形態として位置づけるようであれば、總有は入会団体、即ち構成員總体が土地を排他的に支配し、使用・収益・処分する権原と解されることになり、現實に土地を所有し利用する權利としての入会権を捉えることは出来なくなる。他方、總有概念によつて現實の支配・利用關係を把握せんとすれば、近代物權法体系の下で、この入会権を基礎づける権原としての所有權なり他物權をそこに含ませることが出来なくなる。

したがつて、近代物權法体系の中に入会権を包摂するためには、入会団体に土地の所有權なり他物權が歸属することを前提としながらも、この所有權や他物權では把握しえない側面、即ち土地が現實に支配され利用されている側面については、所有權や他物權とは違つた法的概念で把握しなければならぬ^⑤。そのために、私見では入会活動權や入会財産權という概念を用いて、現實に土地を支配し利用している關係を把握することにより、入会権と土地に對する権原たる所有權や他物權とを明確に區別して、兩者を別の次元に位置づけんとするわけである。私見で用いた概念の適否は別として、要するに近代法の抽象的・觀念的な物權概念では把握しえない、具體的・現實的な入

会権を土地所有権や他物権とは区別し、別の次元に位置づけるのは当然のことであり、私見では土地所有権なり他物権を入会団体の現象形態とし、土地の現実的支配・利用関係を入会団体の実体次元に位置づけた上で、なお両者を関連づけて捉えようとするものである。

このように、抽象的・観念的な所有権なり他物権と具体的・現実的な入会権とを区別・連関づける必要があるとしても、次に予想されるのは、入会権を入会活動権と入会財産権とに分ける必要があるのか、という疑問なり批判である。というのは、入会活動権はその行使によって入会団体が個々の権利を取得し、義務を負担するのみでなく、これらの権利・義務を一体として組織化して入会財産を形成し、管理する権利をも含むものである。他方、入会財産権は入会活動の結果として形成され、管理される入会財産を占有・支配する権利である。そして、入会財産は入会団体や各構成員の使用の対象であり収益の源泉をなしているが、団体の使用収益や各構成員に使用収益させることと自体が、入会団体にとって入会活動の一部をなしている。このように、入会活動権と入会財産権は関連しており、同一の事態の動態面と静態面という関係にある。

とすれば、入会活動権と入会財産権を区別するまでもなく、両者を入会権として一括して把握すれば足りるとも考えられよう。しかも、私見のように、管理处分権は入会団体に帰属し使用収益権は各構成員に帰属するとする通説の構成を否定して、両者ともに入会団体＝構成員総体に帰属し、それが各構成員に配分されるという構成をとるのであれば、入会活動権と入会財産権を区別する必要性はなお存在しないようにも見える。しかし、入会活動権とは入会団体の活動の自由が保護されることであり、人格権に分類されるのに対して、入会財産権とは入会財産の現実的支配が保護されることであり、文字通り財産権に分類され、両者はその性質を異にしている。したがって、これらの権利を統一的に把握するには、両者を区別しながらも関連づける他はなく、一個の権利として構成することとは出来ない。

また、既に述べたように、機関権限として各構成員に配分される入会活動参加権と入会持分権、即ち入会財産の共同支配者たる地位（以下、「入会財産上の地位」と略す）から派生する使用収益権とは、その法的性質を異にしているが、このことは入会団体の入会活動権と入会財産権を一括して把握しえないことを間接的に物語っている。そして、この間接的な論拠を補強する事実として、分割利用形態や団体直轄利用形態・契約利用形態において、構成員相互間における入会持分権の譲渡が行われている例⁶⁾をあげることが出来るよう。

というのは、ここに譲渡されている持分とは各構成員の使用収益権の源泉となる入会財産上の地位であつて、入会活動への参加権を含まないからである。つまり、各構成員に配分された入会活動参加権は機関権限であるから、本来、取引の対象となりうるものではないし、この権限は入会団体構成員となりさえすれば原始的に取得するものであるから、他人の権限を譲り受ける必要はないし、同一人が二個の権限をもちうるものでもない。しかし、使用収益権の源泉たる入会財産上の地位は、個別的共同利用以外の入会利用形態の場合、これを取引の客体とする可能性を蔵しており、この可能性を現実化したものが入会持分権の譲渡に他ならない。したがって、入会持分権の譲渡という現象は構成員の入会財産上の地位と入会活動参加権とが区別されていることを示すものであり、ひいては入会団体＝構成員総体の入会活動権と入会財産権を区別すべきことを示していることは、民法上の組合や合名会社の場合と同様である。⁸⁾

さらに、入会団体の入会活動権と入会財産権が区別されている事実そのものを示しているのが、契約利用形態である。というのは、この場合、入会財産に不可欠な構成要素である入会用地は構成員なり第三者に貸与されるが、入会活動権は取引の対象とはならないし、なりえないからである。このことは、企業の内部構造に関して、組織的一体としての営業財産を客体とした営業譲渡や営業の賃貸借、企業担保などの取引（資本の商品化）⁹⁾が、営業活動権と営業財産権を区別すべきことを教えているのと全く同じ事態である。

(1) 近代所有権の觀念性については、川島・所有権法の理論一〇二頁以下〔著作集(7)九四頁以下〕、同・著作集(7)三二六頁以下。

(2) ゲルマン法のゲヴェーレについては、Gierke, DPR II, S. 187ff. 石田・総有権一三一頁以下、同・物權法論四頁以下、同・財産法に於ける動的理論一〇七頁以下、戒能・民法入門七四頁以下、同・民法學概論一〇二頁以下、川島・所有権法の理論一〇五頁以下〔著作集(7)九六頁以下〕、同・著作集(7)三三三頁以下。

(3) 前章で紹介したように、戒能博士は近代的所有権概念が導入される以前(徳川時代および明治前期)の入会権を、土地所有権としてではなく土地の支配・占有として捉えれば足りることを強調されているが(なお、戒能・所有権・戒能通孝著作集IV四四頁)、入会権がゲヴェーレ的な權利であつたことや、今日でもそのような權利であることは、多くの學説が言及するところである(例えば、舟橋・四三七頁・四三八頁、川島・著作集(8)一六頁・七七頁、横尾・林野入会権一二二頁、中尾「入会権と登記上の地盤所有権者」来栖Ⅱ加藤編・民法學の現代的課題(川島教授還暦記念Ⅱ)一九三頁・一九五頁、同・入会林野六〇頁)。

(4) 同旨、中田・法制史論集(二)一〇四八頁、石田・総有権二二一頁・五三四頁以下、末弘・農村法律問題四四頁、横尾・林野入会権一頁・二頁注(3)・一二二頁、中尾・入会林野六一頁。vgl. Gierke, GR II, S. 137ff.; Derselb. DPR II, S. 356ff.; Sohm, S. 13f., 18u. 30. なお、入会の實態を見ることなしに近代法の觀念や原則を当てはめることに對する警告として、前記秋田地裁大曲支部判決・下民集一二卷四号八〇〇頁・八〇一頁、川島著作集(8)二九七頁。

(5) 川島Ⅱ渡辺編・解体Ⅰ一〇頁は「明治以來の入会の權利形態を、既存の實用法學の概念のみで整理し理解し叙述することは不可能でありまた不適当と考えた。いなむしろ、これらの現象を理解するには、どのような概念道具を用いるべきかがそもそも問題とならざるを得ないのであり、その上ではじめてこれらの權利形態の構造と機能とについての分析が可能となる」とされている。vgl. Gierke, GTh. S. 319u. 330. ギールケは個人法上の概念では団体の單一權と構成員の個別權の分屬關係を適切に把握しえないから「社會法上の新しい概念が必要だとしている。これに對して、ゾームは私法と社會法の境界が不明確だとしつゝる(Sohm, S. 7f.)」。

(6) 入会持分權が譲渡されていることについては、川島・著作集(8)六頁・一九頁、渡辺・入会と法一二七頁以下・一四二頁、中尾・川島還暦記念Ⅱ一八四頁、同・入会林野七一頁以下。

(7) vgl. Gierke, GR II, S. 87ff. なお、我妻・民法講義Ⅱ・昭和二十七年版三〇三頁は、入会權の譲渡によつて一人で二人分の入会權をもつことはできないとされるが、これは古典的入会利用形態を前提とするものであり、他の利用形態では持分の譲受に

よって数人分の使用収益権をもつことは可能である。

(8) 民法上の組合や合名会社の持分譲渡については、拙稿「組合員（合名会社員）の脱退・加入と持分譲渡」本誌一五卷一号五頁以下、同「持分」の譲渡・質入・差押」本誌一六卷四号三七頁以下。

(9) この点については、拙稿「法律学から見た『企業』の内部構造」本誌二二卷三号一七頁以下。

四 前節では入会持分権が譲渡される場合、その対象は構成員の使用収益権の源泉である入会財産の共同支配者たる地位のみであつて、入会活動権限は含まれないとしたが、前記昭和五八年長野地裁上田支部判決の事例についても、この見解が妥当するかを検討しておく必要がある。というのは、前章第七節で紹介したようにこの事例では構成員の収益権に差等があるだけでなく、入会活動権限ないし役員の資格にも慣習上の違いが生じており、この差等が入会地盤に対する共有登記名義の有無と結びついているだけでなく、新戸と旧戸の間で取引をすれば、新戸が共有登記名義人となつて優等な権利・権限を取得する反面、旧戸は共有登記名義を失つて劣等な権利・権限しか認められなくなり、新戸と同等の地位に付く点に特殊性があるからである。

この場合、まず問題になるのは新戸と旧戸の間で取引される対象は何かということであるが、一見したところ旧戸の有した優等な権利・権限が取引されているようでもある。とすれば、前述した私見はこの事例には妥当しないことになる。しかし、この取引により旧戸は従来の地位を全く失つて非構成員となるわけではなく、新戸と同様の劣等な地位に付くのであり、新戸の方もこの取引によって二個の構成員地位、即ち自己固有の劣等な地位と旧戸から譲り受けた優等な地位を取得するわけではなく、旧戸と同様の優等な地位を取得するにすぎない。したがって、この場合、入会財産上の地位と入会活動権限の両者が取引の対象になっていると考えることは出来ないだけでなく、民法上の組合や合名会社などにおける持分譲渡と同じように考えることも出来ないことになる。

それでは、この事例において何が取引されているのであろうか。その答を見出すためには、入会地盤の共有登記名義の有無が構成員の権利・権限の差等と結びついてゐる点をどのように考えればよいかが先決問題となる。

この問題についてまず考えられることは、入会地盤が旧戸の共有地であり、その土地を旧戸と新戸から成る入会団体に利用させているが故に、旧戸は新戸よりも優等な地位を与えられている場合である。したがって、この場合の新戸と旧戸の取引対象は、入会用地に対する旧戸の共有持分ということになる。つまり、新戸が旧戸と取引をして登記名義人となり優等な構成員地位に付くのは、旧戸の優等な構成員地位を承継取得したからではなく、入会用地の共有持分を譲り受けて入会用地の共有者となり、入会団体に對する土地の貸与者になったが故に、入会団体の規範に従つて土地貸与者に認められてゐる優等な地位を原始取得するのであり、旧戸は土地共有者¹土地貸与者たる地位を失ふことによつて、新戸なみの劣等な地位を原始取得するのである。

なお、このような構成をとる場合、旧戸の共有地に旧戸のみから成る入会団体が地益入会権²を有しており、これに新戸が加入したのであれば理論的な問題は生じないが（但し、このような事実關係であつたかどうかは別問題である）、新戸の加入以前は旧戸のみから成る入会団体に土地が帰属しており、共有入会権が存在していたとすれば、新戸の加入に際して入会用地を団体の所有から構成員（旧戸）の共有に変更した上で、旧戸がその共有地を入会団体に使用させることにしたと考えるほかはあるまい。となると、入会用地を旧戸の共有に変更した段階で、入会財産の処分がなされたわけであるから、入会権は消滅したのではないかという問題が生じる³。しかし、入会権と土地所有権とは関連しながらも区別さるべきものであり、入会権は土地所有権の帰属如何を問わないから、右のような場合でも土地所有権の分割と同時に入会権の廃止を決議しない限り、入会権は地益入会権として存続してゐる⁴。したがって、旧戸のみが土地共有者として登記名義を有し、優等な構成員地位を有している点については、右のような説明で筋を通すことが出来るが、この構成が実際の事例に妥当するか否かは、当該入会団体の過去の歴史的事実

如何にかかっている。

さて、構成員地位の差等に関して次に考えられることは、入会用地は旧戸と新戸とから成る入会団体に帰属しており、共有入会権が成立しているが、旧戸と新戸の間に入会団体への貢献度（例えば、官有地払下代金や造林費用の出捐、労務の提供など）に違いがあるために、構成員たる地位に差等が設けられており、共有登記名義の有無がこの差等を表わすシンボルとなっている場合である。しかし、この場合でも新戸は旧戸の優等な地位を承継取得するものでないことは、第一の場合と同じである。ただし、新戸と旧戸の取引によつて、前者は新旧二つの構成員地位を取得し、後者は構成員たる地位を失うわけではなく、新戸と旧戸の地位の変更が生じるにすぎないからである。したがつて、この場合、新戸と旧戸の間で取引されているのは、差等のシンボルとなっている共有登記名義人たる地位と考えるほかはあるまい。つまり、新戸は共有登記名義人たる地位を取得することによつて、優等な構成員地位を原始取得し、旧戸は共有登記名義人たる地位を失うことにより優等な構成員地位を失つて、劣等な地位を原始取得することになる。

要するに、右の二つの構成のいずれを取るにしろ、新戸と旧戸の間で取引されているのは入会団体構成員たる地位、即ち各構成員に与えられた入会活動権限と使用収益権ではないこと、したがつてこの両者を入会持分権として一体化する必要はないことが判明する。そして、ここで検討した事例は、前記判決のように共有登記名義の有無によつて共有入会権と地益入会権とに分けることは出来ないし、戒能説のように優等な権利者に地盤所有権があり、劣等な権利者は他物権ないし債権しか有しないとする構成は、近代物権法の下では必ずしも成り立つものではないことを示している。のみならず、経済環境の変化に伴つて入会利用形態が変り、構成員の権利意識にも変化が生じ、^⑧ 仲間の共同体たる入会団体の中には、入会関係を理解する鍵といわれる「形式的平等性」の原理が支配しなくなり、^⑨ つつあるものが登場し、営利団体と同質のものに転化する過程にあることを教えている。それは、農山村への商品

経済の浸透が入会持分権の取引、さらには差等のシンボルである共有登記名義人たる地位の取引さえもたらし、あらゆる社会関係を商品形態で包摂して行く資本主義の精髓が入会関係にも貫徹せんとする姿である。

(1) 中尾・西南論集一六卷三号二一頁、同・西南紀要一九号三五頁以下・四一頁以下〔実証的研究一〇九頁以下・一一五頁以下〕。なお、山中浅間神社事件の山中部落でも、構成員の財産上の権利のみならず入会活動権限にも差等が設けられている(石井・川島Ⅱ渡辺・法協八六卷一号三三頁・三七頁・四三頁(川島)、五一頁以下(渡辺)、六五頁(川島Ⅱ渡辺)(川島・著作集

(9) 一七頁・二二頁・二八頁・三六頁以下・五〇頁)。

(2) 中尾・西南紀要一九号五五頁〔実証的研究二二九頁〕。なお、前記昭和五五年仙台台高裁判決の事例でも、収益の配分のみならず入会活動権限に慣習上の差があるだけでなく、家督相続人の変更に伴い旧戸と新戸の地位の変更が生じている(中尾・西南紀要一九号八九頁・九四頁以下・一一六頁以下〔実証的研究二九頁・五六頁以下〕)。

(3) 末弘博士はこの場合を共有入会権とされるが(末弘・物権法(下)一六八三頁以下・六九二頁)、末弘説では入会団体を構成員とは別の主体とはされないからであろう。これに対して、私見では入会団体は構成員とは別の主体であるから、構成員の共有地を入会団体が借用していることになる。これを民法上の組合や会社にとえと、構成員が共有地の所有権は留保して、使用収益権のみを現物出資したのと同様である。

(4) 川島Ⅱ潮見Ⅱ渡辺・解体Ⅲ五七七頁(川島Ⅱ中尾)、川島・著作集(8)一六二頁は、入会地盤所有権を分割して入会権者の個人所有とすれば、その部分については入会権の「解体による消滅」が生じるとされるが、これはその部分が入会団体の規制外に置かれる場合のことであろう。

(5) 同旨、末弘・物権法(下)一六九六頁、中尾・入会林野三一頁・三二頁。

(6) 前記長野地裁上田支部判決は、旧戸の共有入会権と新戸の地益入会権の並存を認めるといふ構成は「入会地の利用形態の変遷、記名共有登記……の経由及びその後の入会団体構成員の意識の変化等により、慣習は変化するものであるし、入会団体の権利関係も当該団体の慣習規範により決まるものであるから、法理論上ありえないとはいえない」とする(中尾・西南論集一六卷三号八七頁以下)。因に、福岡高判昭和五八年三月三日・中尾・西南論集一六卷三号二七頁は、入会地盤の共有登記名義人が当該土地は自分達の共有地であるという意識をもつに至り、彼らだけで処分し収益を分配した事件であるが、この入会団体においても共有登記名義人たる地位の売買が行われている。

(7) 川島・著作集(8)四一頁。

五 本章では入会団体の構造を本質・実体・現象形態の三つの次元に区別・連関づけて把握し、入会権とは入会団体の実体をなす入会活動権と入会財産権であり、入会財産の共同支配者たる地位が構成員の入会持分権であるという結論に達した。この見地から既存の入会理論を検討してみると、いずれの理論も入会団体の構造の分析が十分になされていないという、共通の難点を有していることが判る。

そして、通説は入会権を入会団体の現象形態たる土地所有権ないし他物権のレベルで捉えんとしているが、入会用地に対する支配の権原を眺めてみても、入会権の現実性を把握することは出来ない。のみならず、土地所有権なり他物権を管理処分権と使用収益権とに分け、団体と構成員とに分属すると解しているが、このような構成は近代物権法体系の下では成り立ちえないし、通説の立場からしても矛盾した理論である。^①というのは、通説によれば入会団体は実在的総合人であり、構成員に担われながらも構成員とは別個の存在である。とすれば、土地所有権なり他物権は入会団体に帰属するか、各構成員の共有ないし準共有に属するか*のいずれかであって*、権利内容が二分されて団体と構成員とに分属するとは考えられないからである。

にも拘らず、通説は何故そのような構成をとっているのだろうか。その理由は、ゲルマン法上の団体所有形態である総有概念をそのまま近代物権法体系の中に持ち込んで、これを共同所有の一形態とし、共有・合有と並列させるという無理を犯しただけでなく、総有を近代的所有権概念で把握した上で、入会権の構成に用いたために、入会権の現実性(ゲヴェーレ性)を把握しえなくなっている。つまり、総有はゲルマン法上の所有権たるゲヴェーレ^②の存在形態であるが故に、権利の内容を質的に分割して団体と構成員に分属させることも出来たし、入会団体の構造を現象形態と実体とに分けて把握する必要もなかったが、観念的で排他的な支配権たる近代所有権について、そ

の内容を質的に分割して別の主体に分属させることは不可能であるし、近代法の下では物の現実的支配状態は占有権として所有権とは別個に保護されている。したがって、近代民法典の中に編入された入会権を総有概念で把握することが、そもそも無理なことだったのである。換言すれば、ゲルマンのゲノツセンシャフトやケルペルシャフトに関するギールケの研究や、明治前期までの旧時代の村に関する中田博士の法制史研究を、そのまま近代民法典制定後の入会権の説明に借用することは出来ず、近代民法上の概念に手を加えて入会団体の構造を分析し直す必要があったのである。⁴⁾

なお、従来の通説は入会持分権について正面から論じることにはなかった。そのために、川島博士は従来の学説が構成員の権利を持分として承認しないのは、入会権における共同体の団体的拘束に重きを置いて、構成員の権利の私的性質を軽視ないし無視することに由来するのではないかと評されている。⁵⁾しかし、従来の学説といえども、構成員に帰属する使用収益権が構成員の個別権であることは認めているが、それは共有持分権と同質のものではないとしたのであって、その私的性質を軽視ないし無視したと評することは出来ないであろう。にも拘らず、通説がこの使用収益権を共有持分とは異質の入会持分権という概念で把握しなかったのは何故か、という疑問は残されている。その現実的な理由は、通説は古典的入会利用形態たる個別的共同利用形態をモデルにしているために、入会持分権の譲渡を考える必要がなかったということである。そして、その理論面における理由は、古典的入会利用形態にゲルマン法の総有概念をそのまま転用したために、入会団体の管理処分権と構成員の使用収益権は団体内部で有機的に結合してはいるが別個の権利として区別されており、団体として有する使用収益権が構成員に配分されるという構成をとりえなかったし、とる必要もなかったことにある。ゲルマンの総有においては「村の総体権と住民の個別権は各自独立し、一方は他方から伝来したものでなく各自に於て其存在の目的並に理由を保有していた」⁶⁾とする理解の下では、入会持分権という発想が生じないのも当然である。

次に、通説に対するアンチ・テーゼとしての位置を占める末弘理論は、土地所有権と入会権を区別され、共有入会権につき入会権と土地所有権の帰属形態を総有ないし同有、即ち一体として結合した複数人に不可分割的に帰属するとされ、さらに入会と組合を類比して捉えたり、入会団体構成員の使用収益権を合名会社員の持分に類比する⁽⁸⁾など、私見に極めて近い視点から入会権の把握がなされている。しかし、土地所有権と入会権、管理処分権と使用収益権、そして複数人に一体・不可分割的に帰属する権利と各人に帰属する権利の区別・連関構造、要するに入会団体の内部構造を説明されるまでには至っていない。

というのは、末弘博士は民法上の組合はもとより、入会部落ないし総体としての部落住民を一個の法主体とはされていない。ただ、数村入会や地益入会については昔からの慣行であるという理由で、対外関係につき部落の法主体性を認められるが、入会権者の内部関係は総有関係であり、しかも、その総有関係は通説の捉え方とは違つて、入会権者相互の關係にすぎず、民法の共有に関する規定や、不可分債権に関する規定の適用を受けるのである。⁽¹⁰⁾したがって、末弘博士には入会団体の内部構造の把握という問題意識が生じないのも当然である。しかし、このような個人法的構成では、部落の意思決定は構成員相互間の契約ということになるが、それでは過去の契約が新規加入者を拘束する根拠は何か、また、構成員が財産上の出捐義務を負担する場合、その債権者は他の構成員ということになるが、この構成では出捐された財産が当該出捐者を含む全構成員の総有となることを説明できないことになり、末弘博士の組合理論に含まれているのと同様の難点⁽¹²⁾を有することになる。

(1) 同旨、川島・著作業(8)二九四頁。

(2) 同旨、山中・共同所有論一一頁。なお、横尾・林野入会権九〇頁以下・九四頁以下は、中田博士の総有概念は近代的所有権と本質的に同一な面があるものとして理解され、近代法的な論理構成の枠内において入会権を理解するものと評されている。

(3) ゲルマン法上の所有権の特殊性については、石田・総有権一七〇頁以下、Gierke, GR II, S. 138ff.; Derselb, DPR II, S. 356ff. (4) 同旨、山中・一一四頁以下・一一六頁・一一七頁。なお、山中博士は市民社会人たちが入会主体と同じような団体の設立契

約をしたならば、あるであろうような法的構造が近代市民社会法秩序の中に持ち込まれた入会部落の法的構造でなければならぬとされるが（山中・一一四頁）、そのような論理操作によつて入会団体の理念型を求めるのではなくて、現実の入会部落の法的構造を近代法の概念に修正を加えて把握すべきである。

(5) 川島・著作集(8)五三頁以下。なお、同書七四頁以下。

(6) 前章四節注(8)

(7) 石田・総有権二〇五頁。

(8) 末弘・物權法(下)六九七頁(註三二)、同・農村法律問題四五頁。但し、組合の財産關係を総有とはされない(末弘・債權各論八二七頁)。

(9) 第一章二節注(3)。

(10) 末弘・物權法(下)六八一頁・六九三頁・六九七頁。

(11) 末弘・物權法(下)六九七頁・六九九頁以下、同・農村法律問題六八頁以下。

(12) 拙稿「組合企業の内部構造と組合員の權利義務」本誌一三卷三九八頁。

六 通説と末弘説の対立の後を受けて登場した川島理論が、總手的な仲間の共同体の構造に目を向けられたのは正しい着想であり、末弘理論に欠落している部分を補完するという意味をもつ作業であつた。そして、所有権の内容を二分して団体と構成員に分属させる通説の構成を、「入会権に関して最も根本的な誤解」であり、入会集団の實在的總合人たる性質に根本的に矛盾する構成と批判された博士が、管理処分権も使用収益権も構成員に共同に帰属し、共同に行使するとされた点は、通説の難点を止揚する方向を示すものであつた。

しかし、川島博士は通説の總有理論を「誤っている」と批判しようとするものではないとして、通説と同じように入会権を入会団体の現象形態たる土地所有権ないし他物権のレベルで把握され、支配の権原たる所有権ないし他物権と現實的支配権・利用権たる入会権の区別・連関構造を明確にするという、末弘説以後の課題を放置されてし

まった。^③ 近代的所有権の観念性やゲヴェーレの現実性について研究を重ねられた川島博士にとって、所有権と入会権の区別・連関構造を把握することは十分に可能であり、容易な作業ではないかと思われる。にも拘らず、博士はどうして通説の欠点を継承されたのであろうか。その解答は次の文章の中に秘められていると思われるので、そのまゝ引用しておく。

即ち、川島博士によれば「民法は入会権を物権編の中に規定している。元来、入会権は、近代的私所有権制度を導入した以前の法体系において一種のゲヴェーレ的権利として存在したものと考えられるが、民法第二六三条および第二九四条はこれを近代的物権法の体系の中に「物権」として編成するという意味をもつことになる。すなわち、すべての「物」が何びとかの近代的所有権の客体となることを基本原則とする民法典のもとにおいては、旧来の入会権は、入会権者の「所有」する入会地盤に対する権利か、そうでなければ、入会権者以外の者の「所有」する入会地盤に対する他物権か、の何れかとして——すなわち、前者は共同「所有」の一態様として、後者は他物権の一態様として（ただし、それぞれ慣習による限定を伴って）——、再編成されたことになるのである。」^④

川島博士は共有や地益権の規定を入会権に適用しないし準用する余地は全くないとされるにも拘らず、右の文章に見られるように、民法典の編成に忠実に従って、入会権を共同所有ないし他物権の一態様として把握されており、舟橋博士の警告にも拘らず、基本的には通説と同じ観点に立つて通説と同じ誤りに陥いられたわけである。つまり、川島理論においても、入会権を入会団体の現象形態次元で把握しており、しかも管理处分権と使用収益権の区別・連関構造や構成員総体の権利と各構成員の権利との区別・連関構造、要するに総手的な仲間共同体たる入会集団の内部構造の解明が不十分である点は、従来の通説と変わるところはなかった。しかも、一方では入会集団を実在的総合人として、これに法主体性を認める点では通説に立ち、他方、入会集団を構成員相互の関係と見る点では未弘説に立ち、両説を並存させたままで、これを総合止揚されていないために、入会集団と入会権の構造は一層判り難

くなっている。

その結果、川島博士は入会集団が土地のみならず、動産物権や債権・債務の主体となることを認められるにも拘らず、これらの動産物権や債権は入会権そのものではないし、入会権から派生する権能として構成すべきでもなく、入会集団が有する総手的な物権・債権として構成すべきだとされている。⁷⁾村落共同体ないしこれに準ずる地域共同体が土地を総手的に支配する権利を入会権と解する限り、このような結論に至るのは当然のことであり、何ら疑う余地もないようである。しかし、動産物権や債権が入会集団に総手的に帰属するのであれば、入会集団に総手的に帰属する権利という点では、これらの動産物権や債権と土地所有権や他物権との間に何らの差異もないわけであるから、土地所有権や他物権のみを入会権として動産物権や債権と別異に扱う根拠はないはずである。のみならず、博士のように土地所有権や他物権・動産物権・債権・債務が個々の入会集団に帰属する面のみを捉えるに止まるならば、団体直轄利用形態や契約利用形態において構成員に収益金を分配する場合に、構成員の分配請求権を入会持分権、即ち入会財産上の地位の具体的発想形態として把握することが出来ないであろう。⁸⁾なお、管理処分権も使用収益権も構成員に共同に帰属し共同で行使するとされる川島博士の立場からは、各構成員に認められた管理処分権と使用収益権の両者を、入会持分権の内容とされるのであろうが、このような構成を採りえないことは既に検討したとおりである。

(1) 川島・著作集(8)二九四頁

(2) 川島『潮見』渡辺編・解体I六頁以下。

(3) 川島博士は戒能博士が『入会の研究』において入会権を事実上の支配・利用とされる点の説明不足を指摘されながらも、この見解を支持されているが(川島『書評・戒能通孝『入会の研究』法社会学 一号一八九頁)、これは民法制定以前の旧時代の入会権に関してのみ、戒能説を支持するという意味であらうか。

(4) 川島・著作集(8)七七頁。なお、同・民法I二五五頁以下。同旨、中尾・林野法四六頁以下・九九頁以下・一〇二頁、同・

入会林野一六一頁・三〇七頁。

(5) 川島・著作集(8)八四頁・八七頁、同・民法I二五六頁。同旨、戒能・民法入門六八頁・七二頁、同・民法学概論九六頁、舟橋・四四七頁。

(6) 舟橋・四四八頁以下は「多種多様な新しい利用形態について、その法律的性質を統一的に説明することは至難であるばかりでなく、もし統一的理論構成を急ぐならば、かえって従来の総有理論と同じあやまちを犯すことになるであろう」と警告されていた。

(7) 川島・著作集(8)七五頁以下。

(8) 川島・著作集(8)六七頁以下・九九頁。なお、石井・川島・渡辺・法協八六卷一号七五頁(川島・著作集(9)六一頁)(川島)。

(9) 収益金を構成員に分配する場合について、川島博士は構成員の権利は取得された収益に対する共同の観念的・抽象的な権利に転化し、構成員地位の財産性は具体的となるとされている(著作集(8)一九頁以下)。

七 因に、新しい入会理論に与される中尾教授は、入会部落とその構成員たる個々の世帯が同時に入会権の主体であり、部落という団体がまず入会権を有し、部落住民は団体構成員という資格で入会権を有するのではなく、部落も住民も入会権をもっており、入会権に対する部落と住民の關係は一般の団体がもつ財産や権利の關係とは違^①うとされる。また、管理处分権も使用収益権も同じ性格のものであり、これを異種の権能と考えるのは入会権の本質に反しており、管理権能と使用権能とが構成員全員に帰属するとともに各構成員にも帰属し、各構成員の入会権の総和が集團の有する入会権に他ならないから、各構成員は集團の有する入会権にそれぞれ持分権を有するともされている^②。

したがって、中尾教授によれば各構成員に帰属する管理处分権能と使用収益権能とが入会持分権の内容をなすことになるが、この二つの権能を同質のものとし、両権能を入会持分権に包摂することは、従来の通説に対する批判

として成り立たないばかりか、今日の入会権の実態にも合わず、多様な入会利用形態を統一的に把握する理論を構成せんとされる意図にそぐわないように思われる。けだし、入会利用形態の多様化に伴い構成員相互の間で入会持分権を譲渡する例が見られるが、管理处分権能は譲渡の対象たりえず、したがって入会持分権の内容たりえないことは、既に検討したとおりだからである。さらに、中尾教授は入会持分権を集團権の統制のもとに入会林野を個々に管理利用し、一定の限度でこれを所有する権利であるとされているが、³⁾これでは団体直轄利用形態を包摂しないであろう。

また、教授のように入会部落も住民も同時に入会権を有しており、部落の権利が住民に配分されるのではないとすれば、部落と住民は同一の立場で入会権を有することになり、これでは住民の有する権利の総和が集團の有する入会権とはならず、構成員は集團の有する入会権に対して持分権を有するとはいえないはずである。にも拘らず、教授が右のような主張をされていることは、実在的總合人たる入会団体の構造を見誤っているとしか考えられない。現に、中尾教授は「ある団体が権利をもつと同時にその団体の構成員も同じ権利をもつ団体を『総合的実在的団体』とか『実在的總合人』といいます」と⁴⁾されているが、これでは団体とその構成員とが同じ権利を共同で有していると解するほかはないであろう。

このように、入会団体や入会権の構造の把握が曖昧であるということは、川島博士を中心とした新しい入会理論が未だ十分ではないことを物語るものであるが、この理論構成の不十分さは新しい入会利用形態に対する理解を妨げるだけでなく、古典的入会利用形態の理解に対しても障害をもたらすことになる。というのは、渡辺博士は個別的共同利用の形態の場合、各個別権利者ごとの排他的私的支配領域が完全に欠如しているから、入会持分は全く存在せず、構成員各自の権利行使がそのまま団体の権利行使となり、個人と団体の完全な未分離(Einheitと Vielheitの統一)が特徴だとされている。⁵⁾

しかし、この利用形態の場合でも、入会部落はただ単に複数の世帯の集まりにすぎないのではなく、住民の間に共同で入会山を管理し利用する意思が形成されて、統一的な管理の下に各世帯の入会稼が行われている限り、そこには実在的総合人たる入会団体が存在しており、この入会団体とその構成員たる住民とは関連しながらも区別されるべき存在になっているといえよう。そして、各世帯の入会稼は入会団体、即ち構成員全員で有する入会財産権の発現形態ではあるが、それはあくまでも各世帯の生活のために行うのであって、団体の利益のために行うわけではないから、構成員の権利行使を団体の権利行使と見ることは出来ないし、構成員が自己のために入会稼を行う権利こそまさに入会持分権に他ならず、ギールケのいう利用持分 *Nutzungsanteil* ⁽⁹⁾ に相当するものである。

要するに、古典的入会利用形態の場合、入会団体が使用収益権を有するといっても、団体としてこれ行使するわけではなく、構成員各自の利益のために供さるべき入会財産が団体、即ち構成員全員に一個・不可分のものとして帰属していることを意味するにすぎない。したがって、団体＝構成員全員が有する入会財産権は各構成員に配分さるべきものであり、その配分は各構成員が使用収益（入会稼）をなしうる権利という姿をとるが、この入会利用形態においては各構成員が入会稼をなしうることは当然のこととされており、またこの権利を譲渡することもありえないので、入会持分権は存在しないように感じるのである。しかし、古典的入会利用形態には持分がないとする考えは、従来の通説の欠点をそのまま受け継ぐものに他ならない。

さらに、渡辺博士は団体直轄利用形態に関して、構成員の自由な利用が禁止され団体が収益行為を行う限りにおいて、団体と個人は分離し、団体は個人の総体そのものではなく、諸個人から独立した存在になって行くこととされ、これを総合的実在人から法人化の方向への転化過程とされている。⁽⁷⁾ なるほど、入会団体が直轄事業を行うようになると、団体が構成員とは別の主体であることが一層明白になるが、それでも団体が構成員から遊離し独立してしまいうわけではないから、これを「法人化の方向への転化過程」と見るのは適切ではあるまい。むしろ、この利用形態

では団体の入会活動が前面に出て来る（とくに、人を雇って直轄事業をする場合に顕著になる）点において、さらに収益が構成員に分配される場合には構成員間で入会持分権の譲渡が行われるようになる点において、近代的な団体に転化する過程であり、組合と社団の混合性を有していた入会団体⁽⁸⁾が社団性を強め、構成員間の結合が弛緩して行く過程⁽⁹⁾と見る方が適切ではあるまいか。にも拘らず、渡辺博士が先のような捉え方をされているのは、実在的総合人や法人についての理解に問題があるのではないかと思われる。

というのは、団体と構成員とが別の主体であることが「法人」の特質なのではなく、団体とは別に、団体を越えたところに（構成員によつて担われることなく）、擬制された主体が「法人」だからである。また、「実在的総合人」を法的に理解すると、これは法主体性を認められた構成員総体のことであり、構成員各人とは別の主体である。そして、その限りにおいては、近代的な「法人格のない団体」と何ら変わらないものである。しかし、社会的事実として入会団体を見ると、これは一定地域における一定の住民（世帯）が同時に入会山に立ち入って収穫したり、入会山を区画して利用しており、しかも団体意思は全員一致で決定され、構成員全員で権利を有し、全員で運営していることが実感として理解されうるものである。それだからこそ「実在的総合人」といわれうるのに対し、近代的団体の中には地縁も血縁もない、見知らぬ者同志が構成員となつて、たまに開催される総会において多数決で意思決定をなし、その人となりを知らない理事者に執行を委ねるものがある。このような団体では、「構成員総体」というのは觀念上の存在にすぎず、構成員全員で権利を有し、全員で運営しているということが、実感として掴み得なくなっている。したがつて、このような団体を「觀念的総合人」と呼ぶことは出来ない⁽¹⁰⁾。とすれば、団体直轄利用形態に関する渡辺博士の認識は、実在的総合人たる入会団体が觀念的総合人にすぎない近代的社団に転化しつつあることを把握されたものと評することが出来る。

なお、団体直轄利用形態においては、「個々の構成員の収益権能は集団の収益行為そのものの中に吸収されている」

とする見解がある⁽¹⁾。この見解は、収益権能は個々の構成員に属する個人的権利ではなく、構成員全員によって共同に行使さるべき団体的権利であることを説くためにいわれたものであるが、収益権能は個人的権利ではなく団体的権利であると言い切ってしまうと、個別的共同利用形態や分割利用形態の場合、さらには団体直轄形態と契約利用形態において収益が構成員に分配される場合を、どのように説明すればよいか困ることになる。というのも、右の見解では団体的権利と個人的権利の区別・連関構造が十分に把握されていないからである。したがって、これらの場合を整合的に説明するためには、団体⁽¹²⁾構成員総体として有する入会財産に対して、各構成員が利用持分なり価値持分 Wertquote od. Wertanteil⁽¹³⁾を有していることを理解する必要がある。かくして、団体直轄利用形態において収益の分配がない場合には、各構成員の収益権能も団体の収益行為の中に吸収されることになるが、収益の分配がある場合には、構成員の使用権能のみが団体の収益行為の中に吸収されるにすぎず、収益権能まで吸収されるのではない⁽¹⁴⁾。

- (1) 中尾・入会林野八七頁・九五頁。但し、同書九五頁には「実在的総合人が有する財産ないし権利がその構成員各自に帰属している」という記述も見られる。
- (2) 中尾・判例評論二九一号二五頁以下、同・ジュリスト七九二号六六頁。
- (3) 中尾・入会林野九六頁。なお、中尾教授は共有入会権は土地の利用権と所有権を合わせた権利とされるので（入会林野五九頁）、この場合の入会持分権は地盤に対する持分をも含むことになる（入会林野二二〇頁・二二三頁・二三四頁）。
- (4) 中尾・入会林野九〇頁。
- (5) 渡辺・入会と法一九四頁。なお、同書一一三頁。同旨、中尾・林野法一五四頁。
- (6) Gierke, GfH, S. 226; Derselb, DPR I, S. 618 usw.
- (7) 渡辺・入会と法一九四頁以下。なお、同書一九九頁以下。一部同旨、舟橋四四四頁。
- (8) 構成員が共同で事業する意思（共同で入会山を維持し管理する意思）を有する点で組合に近いが、構成員であるが故に当然に業務執行権を有するものではない点において社団に近い（組合と社団の区別・連関構造については、拙稿「合名会社の内部

構造と『法人』の意義」本誌一七卷三号四頁以下）。なお、山中・一一三頁以下も入会団体に組合性と社團性を認められるが、社團性の根拠を村落民の一人ひとりが誰であるかということが村落団体にほとんど意義をもたない点に求め、村落民の利益のために共同事業がなされる点に組合性を求めてあり、この理由づけは疑問である。ただし、入会部落は世帯（の代表者）から成るものであり、どの世帯が構成員であるかは、部落にとって重大事であるし、組合と社團の違いは誰の利益のために共同事業をするかという違いではないからである。山中説に従うならば、団体直轄利用形態において収益を分配すれば組合性を帯び、分配しなければ純然たる社團となり、同一の入会団体がその時々々の運営次第で法的性質を変えることになる。

- (9) 渡辺・入会と法二〇三頁は団体直轄利用形態において収益金を分配する場合、権利者が共同で植林事業を行う点で民法上の合有と類似してくとされる。たしかに、植樹や下草刈り・枝打ちなどの対内的業務を共同で行う点で組合性をもっているが、これらの作業は対内的業務執行権限の発現というよりも、むしろ部落民のノルマとして義務づけられており、部落民全員が労務出資をしているようなものである。しかも、部落民が作業をするこの段階でも内部組織は組合よりは社團に近いものであり、これらの作業を被備者にさせる段階に至れば、組合性は完全に消失する。

- (10) vgl. Gierke, GR II, S. 887. ギールケは、ケルペルシャフトとなった段階の団体も総合人として実在しているが、この概念は抽象的なものであるとする。

- (11) 川島＝潮見＝渡辺編・解体III五四〇頁（川島＝中尾）。

- (12) Gierke, GR II, S. 915 ; Derselb, GTh, S. 46, 329, 496f. u. 503 ; Derselb, DPR I, S. 679 usw.

- (13) 川島・著作集(8)二〇頁は団体直轄利用形態の場合、構成員の利用権能は個別的・具体的・直接的な形態において現われ、
いで、団体自身の直轄利用を媒介とする観念的・間接的な権利の形態において現われる、とされる。

- (14) vgl. Gierke, GTh, S. 327.

四 むすび

一 現実的な支配・利用権としての入会権と抽象的・観念的な支配権たる所有権、ないし他物権を関連させながらも区別する私見の立場から本稿の手がかりとなった山中浅間神社事件の諸判決、および諸評釈を検討すると、次の

ようにいうことが出来る。

まず、本件において最高裁と下級審の判断が分かれた点、即ち当事者参加人らの地上権設定仮登記抹消請求を認容しうるか否かという問題であるが、私見からすれば、この訴は入会団体がその所有権に基づいて行うべきであり（これも入会団体の入会活動権の発現である）、構成員はその入会持分権に基づいてこのような訴を提起しえず、入会団体自身も入会財産権を根拠として仮登記抹消請求の訴を起こすことは出来ない。というのは、入会団体の入会財産権、したがって構成員の入会持分権は観念的な支配可能利益ではなく、現実管理されている財産に対する支配権であり、現実的な使用収益権である。したがって、団体または構成員の使用収益が現実妨害されているか、妨害されるおそれがある場合には、この権利に基づいて妨害排除なり、妨害予防の請求をすることが出来る。

しかし、入会団体の所有地（入会用地）に地上権設定の仮登記がなされているというだけでは、「特段の事情のない限り」右の使用収益権は侵害されておらず、入会用地に対する支配権原たる入会団体の土地所有権に対して侵害性をもつにすぎないことは、最高裁判決のいうとおりである。したがって、一部の構成員による仮登記抹消請求に対する最高裁の判断は正当であるが、判決理由の表現は極めて理解し難いものである。例えば、仮登記の存在は「入会権自体」に対して侵害的性質を有するから、「入会権自体」に基づいて抹消請求が出来るとか、「入会権自体」に基づく仮登記抹消請求権の訴訟上の主張・行使は「入会権そのものの管理処分に関する事項」であるとしているが、「入会権自体」や「入会権そのものの管理処分」とは何を意味しているのか明確でない¹。

というのも、最高裁判決は入会用地の支配権原たる土地所有権と入会権を区別せずに、入会団体の土地所有権を入会権と解しているからである。私見のように両者を区別する立場からは、右の「入会権自体」とか「入会権そのものの」という表現は、土地所有権と記すべきであり、「入会権そのものの管理処分に関する事項」は入会団体の入会活動権に属する事項とすべきである。最高裁判決をこのような意味に解するならば、「入会権自体」とか「入会権そ

のもの」という表現は「全く無意味・無内容な概念である」とする批判⁽²⁾は当たらないことになる。

(1) 前記昭和四一年東京地裁判決も「入会権自体を管理処分する権能」という表現をしている。

(2) 中尾・ジュリスト七九二号六六頁。

二 下級審と同様、最高裁も各構成員はその使用収益権の確認請求や、使用収益権に基づく妨害排除の請求をなしうるとしているが、ここにもいくつかの問題が含まれている。

まず第一に、右の判断の前提として、最高裁は構成員の使用収益権を「入会権の内容」をなすものとしているが、これも判り難い表現であるのみならず、入会権の構造を正しく反映したものとはいえない⁽¹⁾。というのは、通説に立脚する最高裁判決にとつて、入会権とは入会団体の土地所有権を意味しているから、「入会権の内容」とは「入会団体の所有権の内容」ということになる。しかし、近代的所有権はその内容を質的に分割して、使用収益権能のみを構成員に分属させるような支配権ではないから、所有権に基づく訴訟は可能であるが、所有権の内容をなす使用収益権に基づく訴訟はありえない。

入会団体構成員の使用収益権を所有権の内容として構成する場合、その所有権とはゲルマン法上の所有権でなければならぬが、ゲヴェーレに相当する入会権は近代物権法体系の下では、土地所有権と関連しながらもこれとは区別された入会活動権、および入会財産権として構成し、構成員の使用収益権は入会団体＝構成員総体が有する一個・不可分の入会財産に対する持分⁽²⁾、即ち入会財産の共同支配者たる地位の発現形態と見るほかはないであろう。とすれば、各構成員の使用収益権の確認請求や、使用収益権に基づく妨害予防ないし妨害排除の訴は、右の入会持分権を根拠とすべきである。その点、第一審判決は各構成員の使用収益権を持分権としているが、それは共有持分を意味しており、入会という団体法上の関係を個人法原理で処理したところに問題があった。

次に、本件最高裁判決は構成員の「使用収益権を争い又はその行使を妨害する者がある場合は、その者が入会部落の構成員であるかどうかを問わず、各自が単独で、その者を相手方として自己の使用収益権の確認又は妨害排除を請求することができる」としているが、妨害排除請求の訴と入会持分権確認の訴を同じように扱いうるかは問題である。

というのは、構成員の使用収益行為を妨害する者がある場合には、判旨のようにその妨害者を相手方として紛争処理をすれば足る。しかし、入会団体の構成員たる地位ないし入会持分権の存否が争われている場合には、争いのある当事者間で決着をつけても、その判決の効力は入会団体ないし他の構成員には及ばないから、紛争の根本的解決にはならない。とすれば、入会団体ないし他の構成員を当事者に加えていない訴は、確認の利益を欠くのではないかという問題が生じてくる。

現に最高裁は、合資会社の有限責任社員を相手どつて、被告が無限責任社員ではないこと、および持分を有しないことの確認を求めた事件において、会社を当事者に加えなければ紛争の根本的解決にはならないとして、当該有限責任社員のみを相手方とする訴は確認の利益を欠くとした原判決を支持している。^③ 入会団体と合資会社とは、その存在目的や運営方法を異にしているから、合資会社に関する判決が入会団体の事件に対する先例となるものではないが、両者は団体としての基本構造を同じくするものであり、団体法理によつて処理さるべき点では何ら変わりはないはずである。にも拘らず、使用収益権を争う者を相手方として確認の訴をなしうるとした本件最高裁判決は、個人法原理で処理するものであり、そこには構成員の使用収益権に関する理解の不十分さが反映している。というのも、この判決は入会権を管理処分権と使用収益権に分け、後者を構成員の個別権と解する通説に立脚しており、これを入会持分権としては捉えていないからである。

(1) 前記昭和四一年東京地裁判決が「入会権に基づく収益権」とか、「入会権の構成要素たる収益権」、「入会権の目的たる収益権」

としてゐるのも同様であらう。

(2) vgl. Gierke, DPR I, S. 538ff.

(3) 最判昭和四十二年二月一〇日民集二一巻一号一一二頁。本件の評釈として、谷口・民商五七巻二号二七五頁、青山・法協八五巻二号二二五頁。なお、前記昭和五八年長野地裁上田支部判決の事件では、新戸の一部が旧戸（新戸の入会持分権につき争いのない者も含む）と原告に加わらなかつた新戸を相手どつて、共有入会持分権ないし地益入会持分権の確認を求めている。

三　ところで、第一審判決が構成員の使用収益権に「内容において限定をうけた持分権もしくは地上権と同様」の法的効力を認めて、仮登記抹消請求を認容したことは基本的に正当であるとし、最高裁がこの請求を認めなかつたのは総有における持分権を否定することに由来するとの評釈がある。¹⁾しかし、第一審判決のように土地所有権は實在的総合人たる入会団体に帰属すると解するならば、構成員が共有持分をもつことはありえないし、入会団体とその構成員は別の主体であるとはいへ、構成員が自分たちの土地の上に地上権を有することもありえない。したがつて、第一審判決の結論のみならず、その理論構成も支持することは出来ない。

また、右の評釈において、入会団体構成員の仮登記抹消請求を棄却した最高裁判決は、構成員の使用収益権の効力を現実の収益行為の範囲でしか認めていないとして、この点を問題にされている。²⁾しかし、入会権と土地所有権を区別する私の立場からすれば、構成員の使用収益権とは入会団体が現実³⁾に管理・支配している入会財産に対する観念的持分の発現形態であるから、これは現実の使用収益に関して保護すれば足り、最高裁の見解の方が正しいが、最高裁判決が入会権と土地所有権を区別せず、したがつて構成員の使用収益権を正しく捉えていないことが問題であることは、既に述べたとおりである。

なお、入会団体構成員による仮登記抹消請求に関して、最高裁判決が原審判決には入会権に関する法律の解釈適用を誤つた違法があるとする点は支持できるが、最高裁判決の法律構成も説得力が乏しいとした上で、入会団体構

成員の使用収益権を共同相続人や組合員の持分と対比して、後者は登記簿上に記載されるのに対し前者は記載されない点に、入会地盤上に地上権設定仮登記が存在しても使用収益権の行使に対する妨害とはならないという最高裁判決の結論の實質的根拠があるとする評釈がある。^③ 組合員の持分を共有持分とする点は私見からすれば問題であるが、この点はさて置いて、構成員の使用収益権が登記簿上に記載されないという形式的・技術的なことが最高裁判決の實質的根拠とは解しえないであろう。けだし、入会権は登記をなしえず、したがって登記なしに対抗しうる権利だからである。むしろ、最高裁は通説と同様、構成員の使用収益権を観念的な共有持分とは見ておらず、現実的な権利と見るが故に、地上権設定仮登記があるというだけでは、この現実的な使用収益権の侵害とはならず、その侵害があるというためには「特段の事情」が必要だという趣旨と解され、説得力に乏しいとは考えられない。

次に、最高裁判決が入会団体構成員の仮登記抹消請求を認めなかった点に対して、原告の地上権が実際に動き出せば構成員の使用収益権行使の妨げになることは明白であるから、第二審のような考え方をとって請求を認容する方が実際に合うとし、最高裁の判断の趣旨は了解しかねるとする評釈がある。^④ しかし、本件の場合、原告と被告間の地上権設定契約は効力をもたず、したがって原告の地上権が実際に動き出すことはないということが前提になっているので、最高裁は構成員の仮登記抹消請求を認容するためには「特段の事情」が必要だとしているのであり、もしも原告が地上権者として行動に出た場合には、最高裁も使用収益権に基づく妨害排除を認めるであろう。とすれば、最高裁判決の趣旨には了解に苦しむところはないように思われる。

あるいは、最高裁判決に対する私のような理解の仕方に対して、地上権設定契約が効力をもたないのであれば、なおさらのこと仮登記の抹消請求を認めるべきではないか、という反論があるかも知れない。しかし、入会団体の土地所有権に基づいて地上権設定仮登記の抹消請求訴訟を行うことは、入会団体の入会活動権の行使に他ならないから、その権限を誰が有するかは団体の規範によって決まる問題であり、一部の構成員が仮登記の抹消に関心を有

するというだけでは当事者適格を認めることは出来ない。

したがって、一部の構成員による仮登記抹消請求を使用収益権の保存行為と解して、一部の構成員の当事者適格を認めるのみならず、その請求自体をも認めた第二審判決は、構成員の使用収益権を共有持分に類比するという誤りを犯しただけでなく、第一審判決と同様、入会団体を団体として扱わずに、個人法原理によつて処理するものであり、入会部落を実在的総合人としたことと矛盾する判断を下している。

さらに、本件最高裁判決はきわめて不当なものであり、先例としてならない判決であるとする評釈がある。⁽⁶⁾この評釈は、最高裁判決によれば構成員は仮登記の抹消請求を認められなかったから、第三者に地上権を与えてこの土地を造林利用させることが不可能になり、土地の使用収益は著るしく阻害され、また原告も被告たるY神社も土地を利用できず、三者とも土地を利用できないというのが最高裁判決の結論である、と受け止めたことに由来している。

しかし、本件の土地が入会団体の所有地である以上、Y神社は勿論のこと、Y神社と地上権設定契約を締結した原告が、この土地を利用しえないのは当然のことである。そして、最高裁判決は右の地上権設定契約は効力がないという前提に立っているのであるから、入会団体や構成員も土地を利用できないという結論には結びつかない。また、当事者参加した一部の構成員のみの意思で入会用地を第三者に造林利用させることは考えられないし、一部の構成員のみでそのような契約をしても無効であるから、最高裁判決によれば土地の使用収益が著るしく阻害されるということにもならない。

もし、入会用地を第三者に利用させる、即ち契約利用形態に転換するのであれば、構成員全員の同意が必要となるが、全員の同意が得られた場合には、入会団体の代表者が団体の名で地上権設定仮登記の抹消請求訴訟を起こしさえすれば、本件の懸案事項は簡単に片づくはずである。したがって、本件最高裁判決は何ら不当なものではない。

- (1) 甲斐Ⅱ上谷・民商八八巻五号九〇頁・一〇〇頁。
 - (2) 甲斐Ⅱ上谷・民商八八巻五号八九頁。なお、上谷・民商九〇巻二号三八頁。
 - (3) 山田・法協一〇三巻六号二二六頁以下。
 - (4) 末弘・物権法(下)一七〇九頁、末弘Ⅱ戒能・民法講話(下)六三四頁、戒能・民法学概論九七頁、石田・総有権六一二頁、同・物権法論五二一頁以下、同・大要(物権)一一四頁、我妻・民法講義Ⅱ・昭和二七年版三〇四頁、末川・三六九頁、舟橋・四五九頁、川島・民法Ⅰ二六三頁、同・著作集(8)一〇三頁以下、中尾・入会林野七四頁以下。
 - (5) 林・時の法令一一六九号六一頁。
 - (6) 中尾・判例評論二九一号二六頁、同・ジュリスト七九二号六六頁。なお、中尾教授の評釈は、最高裁判決は入会権確認請求訴訟を固有必要的共同訴訟としたものとして論述されているが、これは本件最高裁判決が、最判昭和四一年十一月二十五日民集二〇巻九号一九二一頁を援用して一部の構成員のみでは入会権確認請求訴訟の当事者適格を欠くとした上告理由に、結果的には応えている点を重視されたことに基づく誤解ではないかと思われる。
 - (7) 川島Ⅱ潮見Ⅱ渡辺・解体Ⅲ五四三頁(川島Ⅱ中尾)も、前記昭和四一年東京地裁判決に関して、同様の評釈をされている。
- 四 本件最高裁判決は仮登記の抹消請求を固有必要的共同訴訟としたものとする評釈がある。⁽¹⁾ 本件判決を昭和四一年の最高裁判決と連結して読めば、そのように解しえないでもない。しかし、本件判決を読む限りでは、仮登記の抹消請求は「入会権そのものの管理处分に関する事項」であるから、構成員各自においてかかる請求をすることは出来ないとしているだけであって、管理处分権能の行使方法について積極的な判断をしているわけではない。
- つまり、本件最高裁判決は入会団体が民訴法四六条に従って、仮登記の抹消請求を行う途を閉ざしているわけではない。したがって、入会団体が対外的業務執行権限を有する代表者を定めていれば、この代表者が団体の名において訴を提起することが出来るし、⁽²⁾ 一般論としていえば、この方法こそ入会団体にふさわしいやり方ではないかと考える。

なお、前記昭和四一年最高裁判決に關して、物權の總有的帰属から物權的請求權（抹消登記手續請求權）の總有的帰属が論理必然的に導き出されるものではないし、抹消登記手續を請求することを部落民各人に認めることは總有の概念ないし本質と抵触しないとする評釈がある³⁾。しかし、共有入会權における入会地盤の所有形態は通説のいうような總有ではなく、団体所有とする私見の立場からは、物權的請求權や登記請求權⁴⁾も入会団体に帰属することになる。したがって、抹消登記手續請求は入会活動權行使の一環として、団体の規範上そのような權限を有する者によつてなさるべきであり、この權限は入会団体構成員たる地位に当然に伴うものではない。

(1) 中尾・判例評論二九一号二五頁、同・ジュリスト七九二号六五頁。

(2) 民訴法四六条により入会団体の當事者適格を認めた例として、大判昭和一七年九月二九日法字一二卷六号五一七頁（抵當權設定登記抹消請求事件）、津地裁四日市支部判昭和四二年六月一二日中尾・入会權（一）四七頁（入会団体相互間の地盤共有權確認ならびに分割請求事件）、広島高裁松江支部判昭和五二年一月二六日下民集二八卷一〇四号一五頁（入会權確認ならびに被控訴人の構成員地位不存在確認請求事件。なお、訴の提起が總會の多数決で承認されておれば足り、構成員全員の承認または委任を要しないとする）。

入会權確認請求は構成員全員または入会団体自体でなければ當事者適格を有しないとした例として、東京地判昭和四一年四月二七日日下民集一七卷三・四号三五三頁（但し、団体自体が訴えるには構成員全員の承認または委任が必要とする）。

傍論において入会団体の當事者適格を認めた例として、千葉地判昭和三五年八月一八日日下民集一一卷八号一七二二頁（入会持分權確認請求事件。但し、訴訟は入会權の処分權を有する代表者によるとする）。

入会団体ではないが、地域団体（普通地方公共団体たる村の一部たる部落）の當事者適格を認めた例として、大阪高判昭和三年一〇月三一日高裁民集八卷九号六三四頁（所有權移轉登記抹消請求事件）。

入会団体に民訴法四六条の適用ないし準用を認める学説として、兼子「共有關係の訴訟」民事法研究（一）一五二頁、我妻「有泉・新訂物權法四四六頁（但し、入会集團の慣習に反しない範圍でとされる）、舟橋・四五三頁（但し、本条の準用とされ、構成員全員の同意を要するとされる）、小山「必要的共同訴訟」民事訴訟法講座（一）二五七頁、五十部・法協八四頁一一号一三〇頁、福永・民商五六卷六号一〇三頁、山田・法協一〇三卷六号二二九頁。なお、甲斐上谷・民商八八卷五号九九頁、上谷・民商九〇卷三九一頁。

(3) 小山・昭和四一・四二年度重要判例解説(ジュリスト増刊)七一頁。

(4) 登記の抹消請求を最高裁のように妨害排除請求権の行使としたり、第二審のように保存行為と解する点は疑問であり、この点については次稿で所有権の内部構造を分析する際に考察したいと考えている。

五 入会団体に民訴法四六条を適用することに対して、次のような問題が指摘されている。即ち、小島教授によれば、① 入会部落は社団としての実体を有しない集団であり、これに民訴法四六条を適用することは、社団でないものに社団のテクニクを用いるという理論上の無理を犯す。② 代表者の定めがあるか否かを基準とすることは、その限界設定が形式的にすぎ、民訴法四六条によることは窮余の策だけに、代表者に訴訟追行権を与えることを正当化する実体のないところに不当に拡大される危険がある。③ 構成員個人に判決効を及ぼすことに困難がある、といった問題の指摘である。^①

しかし、入会部落もその構成員が共同事業意思をもち、全員で一個の入会活動権を有している以上、これは単なる複数人の集団に止まるものではなく、一個の団体、即ち構成員各自に支えられながらもこれとは別個の主体として扱うに値する存在であり、その基本構造は合手組合や法人格なき社団と変わらない、というよりは組合性と社団性を混在させた特殊な団体である。しかも、民訴法四六条にいう「社団」は、立法当時の意識では組合とは峻別された意味での社団を指す概念ではなかった。^②

とすれば、入会団体が対外的業務執行権限を有する代表者を定めている場合には、民訴法四六条の適用を阻害する要因は何ら存在しないことになる。とはいえ、すべての入会団体が紛争処理を裁判所に委ねることまで予定して代表者を定めているとは限らないから、入会団体の「代表者」なるものが裁判上の代表権まで与えられているかどうかは慎重に判断する必要がある、その意味では小島教授の問題指摘の第二点は傾聴に値する。

さて、教授の問題指摘の第三点であるが、入会団体構成員の権利・権限は入会団体が有する権利を配分したものであるから、団体に対する判決の効力が構成員の権利・権限に影響を及ぼすのは当然である。⁽³⁾とはいえ、団体の債務に関して、団体に対する判決の効力が構成員に及ぶかという問題は残っている。この問題については、最近の民訴法学説が団体と構成員の「依存関係」を根拠にして、団体に対する判決の効力を構成員に及ぼす試みをしているので、⁽⁴⁾この見解に委ねれば十分に解決しうるであろう。

因に、川島博士は入会団体という表現に代えて「入会集団」という表現をされている。その理由は、団体という表現を用いると、入会部落が部落民とは別の独立した存在であるかの如き印象を与えるので、これを避けるためではないかと推測される。⁽⁵⁾しかし、「入会集団」という表現は、入会部落が共同事業目的のない単なる複数世帯の集落にすぎないかの如き印象を与えかねないことは、小島教授の問題指摘の第一点を見れば明らかであろう。本稿が敢えて「入会集団」という表現を借用せずに、「入会団体」という表現を使っているのは、右のような誤解を避けることもその理由の一つではあるが、入会部落は団体であるということが何よりの理由である。

(1) 小島「共同所有をめぐる紛争とその集团的処理」ジュリスト五〇〇号三三二頁(小島・訴訟制度改革の理論二二六頁)。

(2) 来栖「民法上の組合の訴訟当事者能力」裁判と法(上)・菊井先生献呈論集三四三頁、同・契約法六六四頁、星野・民法論集(二)二八三頁・二八四頁注(一)。因に、商法五二条一項の「社団」概念も同様の意味であったことは、夙に松田博士が指摘されたところである(拙稿「合名会社の内部構造と『法人』の意義」本誌一七卷三号二頁注(2)の文献を参照されたい)。

(3) vgl. Gierke, GTb. S. 215.

(4) この民訴法学説については、前掲拙稿・本誌一七卷三三四頁注(6)の文献を参照されたい。

(5) 川島「潮見」渡辺編・解体三三四頁以下・三九八頁・五四一頁(川島「中尾」、川島・著作集(8)七〇頁以下、石井「川島」渡辺・法協八六巻一号三三頁(川島・著作集(9)一七頁)(川島)などから、このような推測が成り立つのではないと思われる。

六 かくして、対外的業務執行権限を有する代表者の定めある入会団体に対して民訴法四六条を適用することは、理論的にいえば、窮余の策どころか団体にふさわしい方法である。しかし、この代表者が訴を提起しない場合や、構成員の足並みが揃わないために代表者を選任しえない場合には、団体として訴訟を行うことが出来ない。したがって、このような場合に備えて、小島教授が試みておられるように、固有必要的共同訴訟制度や選定当事者制度を利用し易くすることも、一つの解決策ではある。しかし、これらの制度は個人法原理を前提としたものであつて、団体を団体として、つまり共同事業目的の下に結合した複数人を一個の法主体として取扱う制度ではない。したがって、これらの制度を団体に用いるとしても、それは民訴法四六条を適用しえない場合に、団体をその構成員たる複数人に解体した上での窮余の策でしかない。とすれば、このような場合にも入会団体に団体としての機能を発揮させる途を探る方が正道であろう。そして、この目的を達するためには、民訴法五六条を準用することが考えられるし、さらに裁判外の事項をも処理するために、民法五六条・五七条を準用することも考えてよいのではなからうか。

あるいは、このような発想に対して、入会部落と近代的団体の違いを無視するものだとする批判が加えられるかも知れない。というのは、入会部落と法人格なき社團の違いを強調する見解もあるからである。なるほど、入会部落は近代的団体には見られない特殊性を有してはいるが、両者の団体としての基本構造に違いはないし、⁽³⁾（入会権が解体しつづけるとすれば、なおさら近代的団体に接近してくる）、団体の自治能力が欠如している場合に、裁判所の手を借りて自治能力の欠如を補い、団体としての機能を発揮させる必要がある点でも、両者の間に違いはないはずである。のみならず、このような解決策の方が、入会団体の特殊性を加味して一部の構成員に当事者適格を認めることよりも、地縁・血縁のしがらみをもつ入会団体の紛争処理方法として、優れているのではないだろうか。

なお、近代的団体から見た場合、入会団体は旧時代からの慣行をもった特殊な地域共同体ではあるが、その特殊

性は事実レベルでの特殊性であつて、法理上の特殊性ではない。もし、法理上の特殊性があるとすれば、それは近代民法典に編入された入会権を旧時代の法的概念で構成せんとするところから来る特殊性にすぎず、これを近代法の概念に修正を加えて再構成する限り、そのような特殊性はありえないはずである。とすれば、入会団体の特殊性を強調して、これを近代的団体から切り離して扱うのではなく、両者を区別・連関づけて考察すべきであるし、その方が団体法理論の進展に寄与するところが多いであらう。

したがって、われわれがギールケから学ぶべきことは、ゲルマン時代の土地総有団体の分析成果ではなく、農業団体や水利組合・鉾山組合・株式会社、さらには都市や国家に至るまで幅広く考察対象とし、諸々の団体を包摂する法理論を築かんとする一方、持分ある共同関係や合手共同関係についても考察した、その視野の広い研究態度でなければなるまい。けだし、われわれの関心は旧時代の村落の法制史的研究にあるのではなく、現代の団体の構造を論理的に把握することにあるからである。

- (1) 小島・ジュリスト五〇〇号三三〇頁以下・三三二頁以下（訴訟制度一二二頁以下・一二七頁以下）。なお、岡山地裁倉敷支部判昭和五一年九月二四日判例時報八五八号九四頁は、傍論として、構成員の一部が提訴を拒んだ場合にはこの者を被告に加えることができるとして、小島教授の試論と同様の見解を述べている（反対、福永・民商五六巻六号一〇五頁、中尾・入会権（二）一一九頁、千葉地判昭和三五年八月一六日下民集一一巻八号一二二頁）。

- (2) 福永・民事訴訟雑誌二二号六三頁。

- (3) 川島・著作集（8）六七頁・一一九頁注（100）、中尾・入会林野九二頁以下、甲府地判昭和四三年七月一九日下民集一九巻七〃八号四四六頁。なお、山中・一一三頁、舟橋三七三頁。

- (4) 一定地域の住民が共同施設を利用するために団体を創つた場合（例えば、一部の農村に創られている機械利用組合（朝日新聞昭和六一年一月三一日参照）の場合）、この団体の構造は基本的には入会団体の構造と変わらないし、入会団体のもつ特殊性が現われるかも知れない。